

# Schengen/Dublin

Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Andrea Egbuna-Joss

## Inhalt

**Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:**

***Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Andrea Egbuna-Joss, Schengen/Dublin, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU. Handbuch, Zürich 2007, S. 903-984. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.***

## A. Einleitung

Die beiden Abkommen über die Einbindung in den Schengen-Besitzstand<sup>1</sup> und über die Einbindung in den „Dublin-Besitzstand“<sup>2</sup> – die aus schweizerischer Sicht zu den umstrittensten Dossiers der „Bilateralen II“ gehörten<sup>3</sup> – bezwecken den Einbezug der Schweiz in diese Bereiche des *acquis communautaire*, und zwar durch eine Übernahme des entsprechenden bestehenden und zukünftigen gemeinschaftlichen Besitzstands. Im Folgenden sollen diese beiden Abkommen – ausgehend von den primärrechtlichen Grundlagen in der EU (B.) – sowohl hinsichtlich ihrer institutionellen Ausgestaltung (C.) als auch bezüglich ihres materiellen Inhalts (D.) erörtert werden. Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Bewertung der Abkommen im Kontext des „Bilateralen Weges“ (E.).

---

<sup>1</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, BBl. 2004 6447 (im Folgenden: SAA).

<sup>2</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags, BBl. 2004, 6479 (im Folgenden: DAA).

<sup>3</sup> Vgl. zu den verschiedenen diesbezüglich relevanten Aspekten *Monique Jametti Greiner*, Würdigung der Assoziierungsabkommen der Schweiz zu Schengen und Dublin, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), *Accords bilatéraux II Suisse- EU et autres Accords récents / Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU und andere neue Abkommen*, 2006, 195 ff.

## B. Unions- und gemeinschaftsrechtliche Grundlagen<sup>4</sup>

### I. Ausgangspunkt: die Abkommen

„Schengen“ und „Dublin“<sup>5</sup> stehen in engem Zusammenhang mit dem Bestreben der Gemeinschaft, die Personenverkehrsfreiheit zu verwirklichen und in diesem Zusammenhang im Zuge der Verwirklichung des Binnenmarktes die Grenzkontrollen an den Binnengrenzen abzubauen<sup>6</sup>. Diese Bemühungen nahmen ihren Anfang auf der intergouvernementalen Ebene, nachdem entsprechende Bestrebungen auf Gemeinschaftsebene mangels Konsenses fehlgeschlagen waren. Niederschlag in rechtsverbindlichen Akten<sup>7</sup> haben sie im Wesentlichen im sog. Schengener Durchführungsübereinkommen<sup>8</sup> und im sog. Dubliner Übereinkommen<sup>9</sup> gefunden.

Während das von allen EU-Mitgliedstaaten abgeschlossene Dubliner Übereinkommen im Wesentlichen die Frage der Zuständigkeit für die Behandlung von Asylgesuchen

<sup>4</sup> Vgl. zu diesem Abschnitt auch schon *Astrid Epiney*, Schengen, Dublin und die Schweiz, AJP 2002, 300 ff. S. auch den Überblick über die Entwicklung bei *Anne Cornu*, Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), Accords bilatéraux II Suisse-EU et autres Accords récents / Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU und andere neue Abkommen, 2006, 207 (210 ff.); *Martin Kraus-Vonjohr*, Der Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Europa, 2002, 131 ff.; *Wilhelm Knelangen*, Das Politikfeld innere Sicherheit im Integrationsprozess. Die Entstehung einer europäischen Politik der inneren Sicherheit, 2001, 108 ff.; *Vendelin Hreblay*, Les accords de Schengen. Origine, fonctionnement, avenir, 1998, 15 ff.; *Sophie Garcia-Jordan*, L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice, 2005, 17 ff.; *Klaus Famira*, Der freie Personenverkehr in Europa. Schengen nach Amsterdam, 2004, 47 ff.; *Martin Schauer*, Schengen – Maastricht – Amsterdam. Auf dem Weg zu einer flexiblen Union, 2000, 194 ff.; *Rainer Oberleitner*, Schengen und Europol. Kriminalitätsbekämpfung in einem Europa der inneren Sicherheit, 1998, 54 ff.; *Martin Schieffer*, Die Zusammenarbeit der EU-Mitgliedstaaten in den Bereichen Asyl und Einwanderung, 1998, 89 ff.; *Hans Claudius Taschner*, Die Übereinkommen zum Abbau der Personenkontrollen an den Binnengrenzen von EU-Staaten, 1997, 15 ff.; *Eva Tanushev*, Entwicklung, Stand und Perspektiven eines freien Personenverkehrs in Europa, 2001, 10 ff.

<sup>5</sup> Die Bezeichnungen „Schengen“ und „Dublin“ nehmen Bezug auf die entsprechenden völkerrechtlichen Abkommen und werden auch weiterhin verwandt, obwohl die Abkommen mittlerweile Eingang in das Gemeinschaftsrecht bzw. Unionsrecht gefunden haben. Hierzu noch die Ausführungen im Text.

<sup>6</sup> Vgl. Art. 14 EGV.

<sup>7</sup> Hinzuweisen ist aber natürlich auf den Umstand, dass es auch durchaus bedeutende Formen der Zusammenarbeit gibt, die sich nicht in rechtsverbindlichen Dokumenten niedergeschlagen haben. Vgl. für den Bereich des Asylrechts etwa *Alberto Achermann*, Entwicklung der europäischen Asylrechtsharmonisierung, ASYL 1992, 72 ff. Mit der Vergemeinschaftung zahlreicher Politiken in Titel IV EGV dürfte die informelle Zusammenarbeit der EU-Mitgliedstaaten ausserhalb der Organe der EU auf diesen Gebieten in Zukunft eine zu vernachlässigende Bedeutung zukommen.

<sup>8</sup> Vom 19.6.1990. S. den Text in: *Alberto Achermann/Roland Bieber/Astrid Epiney/Ruth Wehner*, Schengen und die Folgen, 1995, 193 ff.

<sup>9</sup> Vom 15.6.1990. S. den Text in: *Achermann/Bieber/Epiney/Wehner*, Schengen und die Folgen (Fn. 8), 243 ff.

regelt und inzwischen durch die VO 343/2003<sup>10</sup> ersetzt wurde, ist das zunächst nur zwischen den BENELUX-Staaten, Deutschland und Frankreich<sup>11</sup> abgeschlossene Schengener Durchführungsübereinkommen (Schengen II)<sup>12</sup> umfassender angelegt und sieht tatsächlich die Abschaffung der Grenzkontrollen (Art. 2) sowie die damit (nach Ansicht der Vertragsparteien) im Zusammenhang stehenden sog. „Ausgleichsmassnahmen“ vor. Im Einzelnen betreffen letztere in erster Linie folgende Bereiche, womit dann auch der materielle Umfang von „Schengen“ bestimmt wird<sup>13</sup>:

- Abschaffung der Kontrollen an den Binnengrenzen;
- Art der Durchführung der Kontrollen an den Aussengrenzen;
- Harmonisierung der Sichtvermerke bzw. Visabestimmungen (in formeller und materieller Hinsicht);
- Reiseverkehr von Drittausländern im „Schengenraum“;
- polizeiliche Zusammenarbeit;
- Rechtshilfe in Strafsachen;
- Datensammlung und Abrufung (Stichwort: „Schengener Informationssystem“).

Deutlich wird damit auch, dass der Schwerpunkt des vordergründig in erster Linie auf den Abbau der Grenzkontrollen ausgerichteten Schengener Abkommens materiell im Wesentlichen auf den sog. „Ausgleichsmassnahmen“ liegt: So wird die Abschaffung der Grenzkontrollen zwar als primäres Ziel formuliert; dieser Verzicht auf den Abbau von Grenzkontrollen wird aber zunächst einmal als Gefahr gesehen, die nur dann hingenommen werden könne, wenn entsprechende „Ausgleichsmassnahmen“ ergriffen werden. Dieser

---

<sup>10</sup> VO 343/2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist, ABl. 2003 L 50, I.

<sup>11</sup> Heute sind alle EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Grossbritannien und Irland beteiligt. Für die 10 neuen EU-Mitgliedstaaten gelten Übergangsbestimmungen.

<sup>12</sup> Das erste Schengener Übereinkommen ist insofern nur von untergeordneter Bedeutung, als die entscheidenden Verpflichtungen erst durch das Durchführungsübereinkommen eingegangen wurden. Vgl. zum Ganzen Astrid Epiney, Das zweite Schengener Abkommen: Entstehung, Konzept und Einbettung in die Europäische Union, in: Achermann/Bieber/Epiney/Wehner, Schengen und die Folgen, 1995, 21 (22 ff.); Schauer, Schengen – Maastricht – Amsterdam (Fn. 4), 195 ff. Zu diesem Abkommen und seiner Entstehungsgeschichte die Beiträge in Monica den Boer (Hrsg.), The Implementation of Schengen: First the Widening, Now the Deepening, Maastricht 1997 sowie die Nachweise in Fn. 4.

<sup>13</sup> Vgl. zu diesen auch noch unten D.

grundsätzliche Ansatz wird auch in Titel IV EGV übernommen<sup>14</sup>. Mit diesem Hinweis soll nicht die Notwendigkeit etwa polizeilicher Zusammenarbeit, sondern nur ihre „notwendige“ Verbindung mit dem Abbau der Grenzkontrollen in Frage gestellt werden. Es ist nämlich durchaus Zweifeln unterworfen, ob die Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung spürbar durch den Abbau von Grenzkontrollen erhöht werden<sup>15</sup>; im Übrigen erscheint eine Kooperation der EU-Mitgliedstaaten<sup>16</sup> in den von den „Ausgleichsmassnahmen“ erfassten Bereichen auch ganz unabhängig vom Abbau der Grenzkontrollen sinnvoll, so dass sich eine „autonome“ Regelung der verschiedenen Bereiche angeboten hätte. Damit hätte allerdings die Notwendigkeit der „Ausgleichsmassnahmen“ auch „autonom“ – also losgelöst vom Abbau der Grenzkontrollen – begründet und diskutiert werden müssen.

## II. Zum Amsterdamer Vertrag

Sowohl das Dubliner als auch das Schengener Abkommen stellten zunächst „normale“ völkerrechtliche Verträge der beteiligten EU-Mitgliedstaaten dar, die allerdings insofern schon eine Besonderheit aufweisen, als sie nur EU-Mitgliedstaaten offen stehen bzw. standen<sup>17</sup>. Darüber hinaus sind sie – insbesondere das Schengener Übereinkommen – auch in inhaltlicher Hinsicht insofern eng mit dem Gemeinschaftsrecht verbunden, als sie gemeinschaftliche Zielsetzungen (Abbau der Grenzkontrollen) mit völkerrechtlichen Instrumenten verfolgen<sup>18</sup>, was auch aus institutioneller Sicht letztlich wenig befriedigend war<sup>19</sup>. Erst die mit dem sog. Amsterdamer Vertrag<sup>20</sup> einhergehenden Modifikationen der Gründungsverträge schafften hier Abhilfe<sup>21</sup>.

---

<sup>14</sup> Vgl. hierzu nur *Bernd Meyring*, Die Reform der Bereiche Justiz und Inneres durch den Amsterdamer Vertrag, EuR 1999, 309 (313 f.).

<sup>15</sup> Vgl. die mit statistischem Material untermauerten Untersuchungen bei *Heiner Busch*, Grenzenlose Polizei? Neue Grenzen und polizeiliche Zusammenarbeit in Europa, Münster 1995, 37 ff.

<sup>16</sup> Und nicht nur dieser Staaten, wie der Einbezug von Drittstaaten wie Norwegen und Island sowie bald die Schweiz denn auch zeigen dürfte.

<sup>17</sup> Vgl. Art. 140 Schengen II, Art. 21 I DÜ.

<sup>18</sup> Vgl. hierzu bereits *Astrid Epiney*, Schengen – ein Modell differenzierter Integration?, in: Fritz Breuss/Stefan Griller (Hrsg.), *Flexible Integration in Europa. Einheit oder „Europe à la carte“?*, Wien u.a. 1998, 126 ff. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass der Gemeinschaft bis zum Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages in zahlreichen der durch das Dubliner und Schengener Abkommen erfassten Bereichen nur sehr beschränkte Kompetenzen zukamen.

<sup>19</sup> Hierzu *Epiney*, in: *Flexible Integration in Europa* (Fn. 18), 126 (127 ff.); *Roland Bieber*, Schlussbetrachtung: Schengen als Modell zukünftiger Integration?, in: *Achermann/Bieber/Epiney/Wehner*, Schengen und die Folgen, Bern u.a. 1995, 179 ff.

<sup>20</sup> Hingegen änderte der am 1.11.1993 in Kraft getretene Maastrichter Vertrag an dieser Situation im Grunde genommen wenig, waren doch die in Frage stehenden Bereiche im Rahmen der sog. „Dritten Säule“ (nur eine „Angelegenheit von gemeinsamem Interesse“ (Art. K.1 EUV, in der Fassung des Maastrichter Vertrages), und das operationelle Instrumentarium erstreckte sich in erster Linie auf völkerrechtliche Abkommen.

Der Amsterdamer Vertrag (1997) führte mit den Art. 61 ff. EGV einen neuen Titel IV („Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr“) in den EG-Vertrag ein. Damit wurden für zahlreiche Bereiche, die nach der Konzeption des „Schengen-Prozesses“ in engem Zusammenhang mit der Verwirklichung des freien Personenverkehrs stehen, (Rechtssetzungs-)Kompetenzen der Gemeinschaft geschaffen<sup>21</sup>. Im Gefolge dieser Überführung wichtiger, bislang in der sog. „Dritten Säule“ angesiedelter Bereiche wurde deren Anwendungsbereich auf die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen begrenzt. Im Übrigen erfuhr die „Dritte Säule“ insofern eine gewisse institutionelle Annäherung an die erste Säule, als die Palette der zur Verfügung stehenden Handlungsinstrumente ausgeweitet wurde, so dass auch direkt für die Mitgliedstaaten verbindliche Rechtsakte erlassen werden können, wenn auch grundsätzlich nur durch einstimmigen Ratsbeschluss (sog. Rahmenbeschlüsse, Art. 34 EUV), und als dem EuGH gewisse Kompetenzen eingeräumt werden (Art. 35 EUV)<sup>23</sup>. Schliesslich und vor dem Hintergrund der erwähnten Modifikationen des EG- und EU-Vertrages sieht das Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der Europäischen Union

<sup>21</sup> Vgl. hierzu *Meyring*, EuR 1999 (Fn. 14), 309 (312 ff.); *Gerold Simpson*, Asylum and Immigration in the European Union after the Treaty of Amsterdam, EPL 1999, 91 (93 ff.); *P.J. Kuijper*, Some Legal Problems associated with the communitarization of Policy on Visas, Asylum and Immigration under the Amsterdam Treaty and Incorporation of the Schengen Acquis, CMLRev. 2000, 345 (356 ff.); *Kay Hailbronner/Claude Thiery*, Amsterdam - Vergemeinschaftung der Sachbereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung sowie Überführung des Schengen-Besitzstands auf EU-Ebene, EuR 1998, 583 ff.; *Henri Labayle*, La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale, RTDE 1997, 1 ff.; *Steve Peter*, Justice and home affairs: decision-making after Amsterdam, ELRev 2000, 183 ff.; *Kay Hailbronner*, Die Neuordnung der Bereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung, in: Waldemar Hummer (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, Wien 1998, 179 ff.

<sup>22</sup> Bei den Kompetenzgrundlagen in Art. 61 ff. EGV handelt es sich um sachgegenständlich genau eingegrenzte Bestimmungen; so wird z.B. darauf Bezug genommen, dass Asylmassnahmen oder Massnahmen in Bezug auf Flüchtlinge und vertriebene Personen „in folgenden Bereichen“ getroffen werden (Art. 63 Nr. 1, 2 EGV). M.a.W. fehlt eine irgendwie geartete (zielbezogene) Auffangklausel, so dass tatsächlich nur die in den Kompetenzgrundlagen erwähnten Aspekte geregelt werden dürfen. Hinzuweisen ist im Weiteren darauf, dass die in den Kompetenzgrundlagen enthaltenen Fristen eine entsprechende Handlungspflicht der zuständigen Organe begründen. Vgl. zu Titel IV EGV die Nachweise in Fn. 21 sowie *Miriam Wolter*, Auf dem Weg zu einem gemeinschaftlichen Asylrecht in der Europäischen Union. Rechtsvergleichende Betrachtung des materiellen Asylrechts der EU-Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine Vergemeinschaftung der Materie, Baden-Baden 1999, 47 f.; *Josef Heimann*, „Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr“ – der neue Titel IV EGV unter besonderer Berücksichtigung des Schengen-Protokolls, Bremen 1999, 15 ff.; *Christoph Thun-Hohenstein*, Der Vertrag von Amsterdam, Wien u.a. 1997, 31 ff. Zum Entscheidungsverfahren und den verbleibenden Kompetenzen der Mitgliedstaaten *Epiney*, AJP 2002 (Fn. 4), 300 (302 f.).

<sup>23</sup> Vgl. hierzu *Peter-Christian Müller-Graff*, Institutionelle und materielle Reformen in der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres, in: Waldemar Hummer (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, Wien 1998, 259 (271 ff.); *Tanushev*, Entwicklung, Stand und Perspektiven eines freien Personenverkehrs (Fn. 4), 165 ff.

(Schengen-Protokoll) eine Überführung des sog. Schengen-Besitzstandes in den unionsrechtlichen Rahmen vor. Der hier vorgesehene Mechanismus geht im Wesentlichen dahin, dass für jede einzelne Bestimmung des Schengen-*Acquis* eine Rechtsgrundlage festgelegt wird, die sich entweder in der Ersten Säule (häufig Titel IV EGV) oder aber in der (neuen) Dritten Säule befinden kann<sup>24</sup>.

Von Bedeutung ist hier auch und gerade, dass im Falle der Festlegung der Rechtsgrundlage in der Ersten Säule dann auch die „normalen“ Bestimmungen der Ersten Säule heranzuziehen sind, was insbesondere für die gerichtliche Kontrolle des EuGH eine Rolle spielt<sup>25</sup>.

Die durchaus so schon komplexen Regelungen werden noch durch eine Reihe von Ausnahmeregelungen für Dänemark, Grossbritannien und Irland ergänzt, die entweder auf der grundsätzlichen Nichtteilnahme am Titel IV (Dänemark) oder auf der Nichtmitgliedschaft in „Schengen“ (Grossbritannien und Irland) beruhen<sup>26</sup>.

Insgesamt wird damit deutlich, dass es „Schengen“ und „Dublin“ an sich nicht (mehr) gibt; die ursprünglichen völkerrechtlichen Verträge wurden entweder durch eine gemeinschaftliche Verordnung (für „Dublin“) abgelöst oder sie wurden (für „Schengen“) in das Unionsrecht „integriert“. Allerdings stellt der Schengen-Besitzstand einen besonderen Teil des Unionsrechts dar; auf den „Schengen-*Acquis*“ wird denn auch im Unionsrecht ausdrücklich Bezug genommen, so wenn für Grossbritannien, Irland und Dänemark Sonderregelungen getroffen werden oder mit Drittstaaten hierüber Abkommen abgeschlossen werden<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Im Einzelnen wurden hier zwei Beschlüsse gefasst: Die Entscheidung 1999/435/EG (ABl. 1999 L 176) definiert den Schengen-*acquis*, für den eine Rechtsgrundlage festgelegt werden muss, und durch die Entscheidung 1999/436/EG (ABl. 1999 L 176, 17) werden die entsprechenden Rechtsgrundlagen dann festgelegt. Zu diesen Beschlüssen und den sich hier stellenden rechtlichen Fragen *Kuijper*, CMLRev. 2000 (Fn. 21), 345 (347 ff.); *Charles Elsen*, Die Übernahme des „Schengen-*acquis*“ in den Rahmen der EU, in: Waldemar Hummer (Hrsg.), Rechtsfragen in der Anwendung des Amsterdamer Vertrages, 2001, 39 ff.; *Astrid Epiney*, Die Übernahme des „Schengen-Besitzstandes“ in die Europäische Union, in: Waldemar Hummer (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, Wien 1998, 103 ff.; *Garcia-Jourdan*, L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice (Fn. 4), 101 ff.; *Famira*, Der freie Personenverkehr (Fn. 4), 85 ff.

<sup>25</sup> Vgl. insoweit auch etwa *Kuijper*, CMLRev. 2000 (Fn. 21), 345 (349 f.).

<sup>26</sup> Dies ist in den einschlägigen Protokollen geregelt: Protokoll Nr. 4 zum EU-Vertrag über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands, Protokoll Nr. 5 zum EU-Vertrag über die Position Dänemarks. Auf diese Regelungen soll hier jedoch nicht eingegangen werden. Vgl. ausführlich hierzu *Epiney*, in: Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam (Fn. 24), 103 ff.; *Thun-Hohenstein*, Vertrag von Amsterdam (Fn. 22), 312 ff.; s. auch den Überblick bei *Kuijper*, CMLRev. 2000 (Fn.), 345 (346 ff.).

<sup>27</sup> Vgl. ausführlich zu der damit verbundenen „Rechtszersplitterung“ und den durch diese verursachten Problemen *Astrid Epiney*, Der freie Personenverkehr und seine Folgen, in: Erhard Busek/Waldemar Hummer (Hrsg.), Etappen auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, 2004, 113 (117 ff.); *Lukas Wasielewski*,

Nur am Rande und der Vollständigkeit halber sei dabei darauf hingewiesen, dass die Bestimmung derjenigen Rechtsakte, die eine „Weiterentwicklung“ des Schengen-Besitzstandes darstellen und daher für die erwähnten Sonderregelungen von grosser Bedeutung sind, aus rechtlicher Sicht angesichts des weiten thematischen Feldes des Schengener Abkommens ausgesprochen schwierig ist. In der Sache dürfte es hier sinnvoll sein, auf den sachlichen Zusammenhang in dem Sinn abzustellen, dass diejenigen neuen Rechtsakte erfasst werden, die in den Anwendungsbereich des in den Abkommen definierten Besitzstandes fallen, die also m.a.W. eine Modifikation der bestehenden Regelungen oder aber deren Präzisierung beinhalten. Gerade letztere Kategorie dürfte aber zeigen, dass damit nicht alle Abgrenzungsprobleme geklärt sind, kann die Grenze zwischen Präzisierung und Regelung eines anderen Bereiches doch fließend sein.

In der Praxis wird denn auch im Falle der Annahme oder der Modifikation eines Rechtsaktes regelmässig ausdrücklich bestimmt, ob es um eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes geht oder nicht. Dies dürfte die Anwendung der einschlägigen Bestimmungen erleichtern, im Konfliktfall für den EuGH aber nicht verbindlich sein, könnten doch ansonsten die Unionsorgane selbst die Reichweite vertraglicher Bestimmungen beeinflussen.

### **III. Die Schengen- und Dublinassoziiierungen als völkerrechtliche Verträge und ihre Stellung im Gemeinschaftsrecht – ein Problemaufriss**

Beide Assoziierungsabkommen stellen zunächst einmal „normale“<sup>28</sup> völkerrechtliche Abkommen dar. Aus gemeinschafts- bzw. unionsrechtlicher Sicht stellt sich die Situation jedoch komplexer dar, wobei zwischen der Dublin- und der Schengen-Assoziierung zu unterscheiden ist.

#### *1. Zur Dublin-Assoziierung*

Das Dubliner Abkommen wurde von der EG einerseits und der Schweiz andererseits abgeschlossen. Als Rechtsgrundlage im EG-Vertrag wurde – im Anschluss an den Grundsatz, dass im Sinne einer Parallelität von Innen- und Aussenkompetenzen die Gemeinschaft immer dann (auch) zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge zuständig ist, wenn sie im Innenverhältnis zur Rechtsetzung befugt ist<sup>29</sup> – Art. 63 Abs. 1 EGV i.V.m. Art. 300 Abs. 2, 3 EGV herangezogen. Damit handelt es sich also bei diesem Abkommen um einen „gewöhnlichen“ völkerrechtlichen Vertrag der EG, der als

---

Rechtsdifferenzierungen in einer erweiterten Europäischen Union. Eine Untersuchung anhand der europäischen Justiz- und Innenpolitik, 2004, 81 ff.; *Schauer*, Schengen – Maastricht – Amsterdam (Fn. 4), 204 ff.

<sup>28</sup> Vgl. aber auch noch die Bemerkungen unten E.

<sup>29</sup> Hierauf soll in diesem Rahmen nicht eingegangen werden. Vgl. ausführlich zu den Aussenkompetenzen der EG m.w.N. auf Rechtsprechung und Literatur *Astrid Epiney/Dominique Gross*, Zur Abgrenzung der Aussenkompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten im Umweltbereich, UTR 2004, 27 (28 ff.).

solcher einen „integrierenden Bestandteil“ des in der Gemeinschaft anwendbaren Rechts darstellt<sup>30</sup>.

## 2. Zur Schengen-Assoziierung

Die Schengen-Assoziierung wurde auf der gemeinschaftlichen Seite von der EG und der EU abgeschlossen. Hintergrund ist der Umstand, dass das Abkommen sowohl Materien berührt, die in der Kompetenz der EG liegen (vgl. Art. 62, 63 Abs. 3, 66 95 EGV) als auch solche, die aus unionsverfassungsrechtlicher Sicht in der „Dritten Säule“ anzusiedeln sind. Damit bestätigt zumindest der Rat den Ansatz, dass der Europäischen Union sehr wohl Völkerrechtssubjektivität zukommt und sie in den Bereichen, in denen ihr Kompetenzen zustehen, auf der Grundlage der Art. 24, 38 EUV Verträge abschliessen kann. Weiter impliziert diese Vorgehensweise, dass es aus unionsverfassungsrechtlicher Sicht zulässig ist, über einen bestimmten Teil des gemeinschaftlichen Besitzstandes bzw. des Unionsbesitzstandes ein Abkommen mit Drittstaaten abzuschliessen und diesen Teil damit aus dem Unionsbesitzstand insofern „herauszulösen“<sup>31</sup>.

Im Hinblick auf seine Anwendung und Rechtswirkungen sowie die Kompetenzen des EuGH wirft ein solcher zwischen der Ersten und der Dritten Säule angesiedelter „gemischter Vertrag“<sup>32</sup> allerdings komplexe Probleme auf. Diese beruhen – und insofern ähnelt die Problematik zumindest teilweise derjenigen „traditioneller“ gemischter Verträge – auf dem Umstand, dass durch die „Vermischung“ der Rechtsgrundlagen Folgeprobleme im Hinblick auf Abschluss, Rechtswirkungen sowie die gerichtliche Kontrolle entstehen, die hier nur kurz angedeutet werden können<sup>33</sup>:

- Zunächst ist auf das Abschlussverfahren bzw. das innerunionsrechtliche Genehmigungsverfahren hinzuweisen: Dieses differiert in Art. 300 EGV

---

<sup>30</sup> So die Formulierung im hier wegweisenden Urteil *Haegman*, EuGH, Rs. 181/73 (*Haegman*), Slg. 1974, 449. Zu den Rechtswirkungen völkerrechtlicher Verträge der Gemeinschaft im Gemeinschaftsrecht m.w.N. aus Literatur und Rechtsprechung *Astrid Epiney*, Zur Stellung des Völkerrechts in der EU, EuZW 1999, 5 (6 f.).

<sup>31</sup> Vgl. diesen Ansatz mit ausführlicher Begründung bereits bei *Epiney*, AJP 2002 (Fn. 4), 300 (308 f.).

<sup>32</sup> Dieser Begriff wird ansonsten für Verträge, die gleichzeitig von der EG und ihren Mitgliedstaaten abgeschlossen werden, verwandt, vgl. m.w.N. *Epiney*, EuZW 1999 (Fn. 30), 5 (6, 8 ff.); *Astrid Epiney/Dominique Gross*, Zur Abgrenzung der Kompetenzen zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten bei der Durchführung völkerrechtlicher Verträge, EurUP 2005, 2 (6 ff.).

<sup>33</sup> Vgl. zu diesem Problemkreis auch die Annäherung an die Problematik bei *Christine Kaddous*, La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), Accords bilatéraux II Suisse-EU et autres Accords récents / Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU und andere neue Abkommen, 2006, 63 (72 ff.).



einerseits und in Art. 24, 38 EUV andererseits. Soweit die Beschlussfassung im Rat betroffen ist, führt das Einstimmigkeitserfordernis in Art. 24 Abs. 2 EUV im Ergebnis dazu, dass der Genehmigungsbeschluss jedenfalls einstimmig zu fassen ist, unabhängig davon, ob gemäss Art. 300 EGV ein Mehrheitsbeschluss möglich wäre. Was die Beteiligung des Europäischen Parlaments betrifft, so ist dieses lediglich im Rahmen des EG-Vertrages anzuhören, wobei die Anhörung entweder rein konsultativer Natur ist oder aber das Parlament bei gewissen Verträgen auch zustimmen muss<sup>34</sup>. In beiden Fällen dürfte sich die Anhörung bzw. Zustimmung des EP aber wohl nur auf diejenigen Teile des Abkommens beziehen, die in der Ersten Säule anzusiedeln sind, kommt ihm doch in der Dritten Säule in Bezug auf die Genehmigung völkerrechtlicher Verträge keine Kompetenz zu. Ganz befriedigend ist dies schon deshalb nicht, weil die Abgrenzung der Kompetenzen nicht nur teilweise Streitig sein wird, sondern die verschiedenen Bereiche auch in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen können.

- Sodann stellt sich die Frage nach den Rechtswirkungen der Abkommensbestimmungen: In Bezug auf von der EG abgeschlossene Abkommen ist die Rechtslage insoweit durch den EuGH geklärt, als diese „integrierende Bestandteile“ der Gemeinschaftsrechtsordnung sind<sup>35</sup>. Damit gelten die für die Gemeinschaft verbindlichen völkerrechtlichen Verträge als solche in der Gemeinschaft, und ihre Verbindlichkeit für die gemeinschaftlichen Organe und die Mitgliedstaaten impliziert, dass ihnen gewisse „Attribute“ des Gemeinschaftsrechts – wie insbesondere der Vorrang im Verhältnis zu mitgliedstaatlichem Recht sowie die grundsätzliche Möglichkeit der unmittelbaren Wirkung – ebenfalls zukommen<sup>36</sup>. Was die von der EU abgeschlossenen Verträge anbelangt, so fehlt jedoch eine diesbezügliche Rechtsprechung (noch). Gleichwohl ist aber – im Anschluss an Art. 24 Abs. 6 EUV, wonach die durch die EU geschlossenen Übereinkünfte die Union binden – davon auszugehen, dass auch die von der EU abgeschlossenen Verträge als „integrierende Bestandteile der Unionsrechtsordnung“ anzusehen sind: Schon die Formulierung des Art. 24 Abs. 6 EUV ähnelt sehr derjenigen des Art. 300 Abs. 7 EGV, und im Übrigen wäre es widersinnig, der EU die Befugnis zum

---

<sup>34</sup> Letzteres wurde im Falle der Schengen-Assoziierung verneint. Vgl. *Kaddous*, in: *Accords bilatéraux II* (Fn. 33), 63 (75).

<sup>35</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 30.

<sup>36</sup> Vgl. schon *Epiney*, *EuZW* 1999 (Fn. 30), 5 (6 f.).

Abschluss völkerrechtlicher Verträge einzuräumen, gleichzeitig aber die Verbindlichkeit der Verträge für die Organe und die Mitgliedstaaten zu verneinen. Jedenfalls aber bestimmt sich die Reichweite der Qualifizierung der von der EU bzw. der EG abgeschlossenen Verträge als integrierende Bestandteile der Gemeinschafts- bzw. Unionsrechtsordnung nach den in den jeweiligen Verträgen – also EU-Vertrag einerseits, EG-Vertrag andererseits – niedergelegten Grundsätzen. Denn der Abschluss „gemischter Verträge“ darf nicht dazu führen, dass die primärrechtlich vorgesehene Aufteilung der Kompetenzen zwischen Erster Säule und Dritter Säule modifiziert wird. Daher sind die der Ersten Säule „zugehörigen“ Teile der Schengen-Assoziierung integrierende Bestandteile des Gemeinschaftsrechts, die in der Dritten Säule angesiedelten Teile jedoch integrierende Bestandteile der Dritten Säule.

Die eigentliche Frage geht daher in diesem Zusammenhang dahin, ob die Rechtswirkungen völkerrechtlicher Verträge in der Gemeinschaftsrechtsordnung einerseits und der Unionsrechtsordnung andererseits voneinander differieren. Zwar hatte sich der Gerichtshof zu dieser Frage – wie überhaupt zu der Frage der Rechtswirkungen von durch die EU abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen – noch nicht zu äussern; die jüngere Rechtsprechung jedoch legt die Annahme nahe, dass die „grundlegenden“ Charakteristika der Rechtswirkungen von Gemeinschafts- und Unionsrecht im Zweifel – also es sei denn, aus den Verträgen ergebe sich eindeutig etwas anderes – parallel ausgestaltet sind: So betonte der EuGH in Bezug auf die rechtliche Tragweite von Rahmenbeschlüssen (Art. 34 Abs. 2 EUV), dass sich aus dem zwingenden Charakter dieser Beschlüsse eine Pflicht der nationalen Behörden zu „gemeinschaftsrechtskonformer“ Auslegung ergebe, so dass sich die Einzelnen vor nationalen Gerichten insoweit auf Rahmenbeschlüsse berufen könnten, als es um die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts gehe. Im Übrigen sei ein Art. 10 EGV entsprechender Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, aus dem insbesondere abzuleiten sei, dass die Mitgliedstaaten alle geeigneten Massnahmen zur Erfüllung ihrer sich aus dem EU-Recht ergebenden Verpflichtungen zu treffen haben, auch im Rahmen des EU-Vertrages heranzuziehen<sup>37</sup>. Der Ansatz des EuGH dürfte damit den Vorrang des EU-Rechts vor nationalem Recht implizieren. Vieles spricht dafür, dass auch andere Charakteristika des Gemeinschaftsrechts auf die Dritte Säule ausgedehnt

---

<sup>37</sup> EuGH, Rs. C-105/03 (Pupino), EuZW 2005, 433. Zu diesem Urteil etwa *Christoph Herrmann*, Anmerkung, EuZW 2005, 436 ff.; *Thomas Fetzer/Thomas Gross*, Die Pupino-Entscheidung des EuGH – Abkehr vom intergouvernementalen Charakter der EU?, EuZW 2005, 550 f.

werden können, so insbesondere die Möglichkeit der unmittelbaren Wirkung völkervertragsrechtlicher Bestimmungen. Vor diesem Hintergrund dürfte die Bedeutung der Abstützung der jeweiligen Vertragsteile auf die Erste oder aber die Dritte Säule zumindest etwas zu relativieren sein.

- Soweit hingegen die Kompetenz des EuGH zur Auslegung völkervertraglicher Bestimmungen betroffen ist, differieren die Regelungen im EG-Vertrag einerseits und im EU-Vertrag andererseits in wesentlichen Aspekten (vgl. insbesondere die Regelungen in Art. 35 EUV). Da auch hier die Erwägung, wonach der Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages nicht zu einer Verschiebung bzw. Relativierung der Kompetenzen bzw. Vorgaben der Ersten und Dritten Säule führen darf, einschlägig ist, muss daher die Zuständigkeit des EuGH in Abhängigkeit davon bestimmt werden, ob die entsprechende Abkommensbestimmung aufgrund der Vertragsschlusskompetenz der EG oder der EU abgeschlossen wurde. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass dem EuGH jedenfalls die Kompetenz zukommt, die Frage zu entscheiden, ob eine bestimmte Bestimmung in der Ersten oder aber in der Dritten Säule anzusiedeln ist<sup>38</sup>. Weiter lässt sich aus der Rechtsprechung des EuGH zu den gemischten Verträgen EG/Mitgliedstaaten ableiten, dass eine Vorlagefrage nach Art. 234 EGV immer schon dann zulässig ist, wenn sie auch eine in den Anwendungs- und Kompetenzbereich des Gemeinschaftsrechts fallende Problematik berührt, und zwar unabhängig davon, ob der Ausgangsrechtsstreit tatsächlich diese Konstellation oder aber eine in den Anwendungsbereich des nationalen Rechts fallende Fallgestaltung betroffen hatte. Denn in jedem Fall bestehe bei der Anwendbarkeit einer Vorschrift sowohl auf innerstaatliche als auch auf dem Gemeinschaftsrecht unterworfenen Sachverhalte ein Interesse der Gemeinschaft an ihrer einheitlichen Anwendung<sup>39</sup>. Diese Erwägungen lassen sich auf das Verhältnis von Erster und Dritter Säule übertragen, so dass der EuGH nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften schon immer dann zur Beantwortung einer Vorlagefrage zuständig ist, wenn sie auch eine in den Anwendungs- und Kompetenzbereich des Gemeinschaftsrechts fallende Problematik berührt.

---

<sup>38</sup> Vgl. insoweit auch EuGH, Rs. C-170/96 (Kommission/Parlament), Slg. 1998, I-2763, Rn. 16; s. auch EuGH, Rs. C-176/03 (Kommission u.a./Parlament), EuZW 2005, 632, in dem der EuGH festhielt, dass eine das Umweltstrafrecht betreffende Regelung nicht im Rahmen der Dritten Säule, sondern im Rahmen der Ersten Säule erlassen werden müsse, da der EG eine entsprechende Kompetenz aufgrund von Art. 175 EGV zustehe.

<sup>39</sup> EuGH, Rs. C-53/96 (Hermès), Slg. 1998, I-3603. Hierzu auch bereits *Epiney*, EuZW 1999 (Fn. 30), 5 (8 f.).

## C. Die institutionelle Ausgestaltung der Assoziierungsabkommen

Die in der Anlage parallel ausgestalteten Assoziierungsabkommen „Schengen“ (SAA) und „Dublin“ (DAA)<sup>40</sup> lehnen sich sehr eng an die entsprechenden Assoziierungsabkommen der EG bzw. EU mit Norwegen und Island an<sup>41</sup>, wenn auch bei spezifisch für die Schweiz relevanten Aspekten (in erster Linie der „Übernahmemechanismus“ sowie die „Wahrung des Bankgeheimnisses“) Besonderheiten bestehen. In materieller Hinsicht sollen die Abkommen sicherstellen, dass die Rechtsräume „Schengen“ und „Dublin“ auch auf die Schweiz ausgeweitet werden (vgl. Art. 1 Abs. 1 SAA).

Die Abkommen bestehen jeweils aus einem Haupttext sowie Anhängen, die den zu übernehmenden Besitzstand eingrenzen. Daran schliessen sich verschiedene individuelle und gemeinsame Erklärungen an.

### I. Übernahme des Schengen-Besitzstandes

#### 1. Zur Reichweite der Übernahmepflicht

Nach Art. 2 Abs. 1, 2 SAA ist der im Einzelnen in den Anhängen A und B aufgeführte Schengen-Besitzstand zu übernehmen; gleiches gilt grundsätzlich auch für dessen Weiterentwicklung (Art. 2 Abs. 3 SAA), wobei sich die bereits erwähnte<sup>42</sup> Frage der genauen Eingrenzung der eine Weiterentwicklung darstellenden Rechtsakte stellt: Obwohl durch die genaue Bezeichnung und Auflistung des zu übernehmenden Besitzstandes<sup>43</sup> der Bezugspunkt der Übernahmepflicht bestimmt wird, erlauben die einschlägigen Bestimmungen der Abkommen keine eindeutige Eingrenzung des Anwendungsbereichs der Übernahmepflicht für die Zukunft: Eindeutig geregelt ist hier nur der Fall der Modifikationen des bestehenden, in den Anhängen bezeichneten Besitzstandes, bei denen die Übernahmepflicht ausgelöst wird. Unklar ist aber, nach welchen Kriterien der Erlass von neuen Rechtsakten als Teil des Schengen- oder

---

<sup>40</sup> Vor dem Hintergrund dieser Parallelität wird in diesem Abschnitt lediglich auf das Schengener Assoziierungsabkommen Bezug genommen.

<sup>41</sup> Vgl. die „Schengen“ betreffenden Abkommen in ABl. 1999 L 167, 36. Zu den Abkommen mit Norwegen und Island Epiney, AJP 2002 (Fn. 4), 300 (304 ff.).

<sup>42</sup> Oben B.II.

<sup>43</sup> In den Anhängen wird nicht nur auf die Abkommen als solche verwiesen, sondern es werden auch die verschiedenen Beschlüsse der Exekutivausschüsse einzeln aufgeführt sowie im Zusammenhang mit dem Schengener Abkommen auch auf die einschlägigen Sekundärrechtsakte verwiesen.

Dublin-Besitzstandes anzusehen ist, wobei sich das Problem in erster Linie im Zusammenhang mit dem Schengener Abkommen stellt, ist doch der Anwendungsbereich des Dubliner Abkommens materiell relativ klar umschrieben. Dass grundsätzlich auch der Erlass von neuen Rechtsakten von der Übernahmepflicht erfasst wird bzw. werden kann, ergibt sich schon aus der Formulierung des Art. 2 Abs. 3 SAA, der auf Rechtsakte oder Massnahmen Bezug nimmt, die „zur Änderung oder Ergänzung der in den Anhängen A und B genannten Bestimmungen angenommen werden“. Zudem dürfte nur diese Sicht mit Ziel und Zweck des Vertrages vereinbar sein, denn der rein rechtstechnische Aspekt der Modifikation oder des Neuerlasses eines Rechtsaktes sagt ja noch nichts über seinen materiellen Bezug zum Schengen- oder Dublin-Besitzstand aus, so dass letztlich beide Varianten von der Übernahmepflicht erfasst werden müssen, will man eine parallele Rechtsentwicklung in den Rechtsräumen „Schengen“ und „Dublin“ sicherstellen. Die sich damit stellende Abgrenzungsproblematik in diesem Zusammenhang dürfte derjenigen im Rahmen des Schengen-Protokolls, das für die Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes besondere Verfahrensvorschriften vorsieht, ähneln<sup>44</sup>. Letztlich wird wohl auf den sachlichen Zusammenhang abgestellt werden müssen in dem Sinn, dass diejenigen neuen Rechtsakte erfasst werden, die in den Anwendungsbereich des in den Abkommen definierten Besitzstandes fallen, die also m.a.W. eine Modifikation der bestehenden Regelungen oder aber deren Präzisierung beinhalten. Gerade letztere Kategorie dürfte aber zeigen, dass damit nicht alle Abgrenzungsprobleme geklärt sind, kann die Grenze zwischen Präzisierung und Regelung eines anderen Bereiches doch fließend sein.

Eine weitere Frage betrifft den Bezugspunkt bzw. die Reichweite der Verpflichtung der Schweiz zur Anwendung bzw. äquivalenten Gesetzgebung in Bezug auf die im Anhang B aufgelisteten gemeinschaftlichen Rechtsakte: Art. 2 Abs. 2 SAA spricht hier davon, dass diese Bestimmungen von der Schweiz insoweit umgesetzt und angewendet werden, als sie Bestimmungen des Schengener Abkommens ersetzen und/oder weiterentwickeln oder aufgrund des genannten Übereinkommens angenommen worden sind<sup>45</sup>. In Anhang B hingegen wird allgemein davon gesprochen, dass die Schweiz die genannten Rechtsakte anwendet. Auf den ersten Blick könnte diese Formulierung die

---

<sup>44</sup> Hierzu *Epiney*, in: Die EU nach dem Vertrag von Amsterdam (Fn. 24), 103 (115 f.) sowie bereits oben B.II.

<sup>45</sup> Vgl. zur Problematik im Zusammenhang mit der RL 95/46 (Datenschutzrichtlinie) bereits *Astrid Epiney*, Datenschutz und „Bilaterale II“. Zu den Auswirkungen der Schengen-Assoziierung auf das schweizerische Datenschutzrecht – ausgewählte Aspekte, SJZ 2006, 121 (123 ff.), wo auch auf die diesbezügliche (restriktive) Sicht des Bundesrates und wohl auch des Parlaments eingegangen wird.

Annahme nahe legen, dass die in Anhang B erwähnten Rechtsakte nur im sachlichen Anwendungsbereich der Schengen/Dublin-Assoziierung zu beachten wären. Dieser Schluss steht aber in einem Widerspruch zu Art. 1 SAA, wonach die Schweiz allgemein in den Bereichen, die Gegenstand der (u.a.) im Anhang B genannten Bestimmungen sind, sowie bei deren Weiterentwicklung assoziiert wird. Weiter würde eine solche gegenständliche Beschränkung des Anwendungsbereichs der in Anhang B genannten Rechtsakte abweichend von dem in dem jeweiligen Rechtsakt jeweils selbst definierten Anwendungsbereich auch erhebliche Unstimmigkeiten und Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich bringen<sup>46</sup>, die in Widerspruch zu den Zielsetzungen der Einbindung der Schweiz in den Schengen-Besitzstand stünden: Denn ein tatsächlicher Einbezug in diesen Teil des *acquis communautaire* impliziert wohl auch, dass die „Rahmenbedingungen“ parallel ausgestaltet sind, zu denen eben die Beachtung der in Anhang B genannten Rechtsakte zählt. Eine „Aufsplittung“ ihrer Anwendungsbereiche würde notwendigerweise zu ggf. schwer wiegenden Inkohärenzen führen, wie das Beispiel des Datenschutzes zeigt: Wenn die Vorgaben der Datenschutzrichtlinie lediglich in den vom Schengen-Besitzstand erfassten Bereichen beachtet werden, besteht die Gefahr, dass sich Mängel in anderen Bereichen letztlich auch in den schengenrelevanten Fragen auswirken. Schliesslich bleibt anzumerken, dass die Formulierung in Art. 2 Abs. 2 SAA denkbar unklar ist: So dürfte die erste Alternative (Ersetzen oder Weiterentwickeln des Schengen-Besitzstandes) letztlich schon insofern teilweise überflüssig sein, als es um eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes geht, der sowieso schon von Art. 2 Abs. 1 SAA erfasst wird. Will man der Bestimmung entnehmen, dass nur diejenigen Teile der in Anhang B aufgeführten Rechtsakte zu beachten sind, die eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes darstellen, so dürften sich die bereits angesprochenen Inkohärenzen noch verstärken, stellen verschiedene Teile eines Rechtsakts doch regelmässig ein stimmiges Ganzes dar, aus dem man nicht einfach Teile herauschälen kann, zumal die Frage, um welche Teile es dann ginge, kaum voraussehbar zu beantworten wäre. Was die zweite Alternative betrifft (Annahme der Rechtsakte aufgrund des Schengener Übereinkommens), so bleibt der Aussagegehalt ebenfalls denkbar unklar, ist doch nicht ersichtlich, dass die in Anhang B genannten Rechtsakte „aufgrund“ des Schengener Abkommens erlassen worden wären. Deutlich wird damit auch, dass bereits der genaue Aussagegehalt dieses Passus des Art. 2 Abs. 2 SAA vage bleibt. Vor diesem Hintergrund dürften die besseren Gründe dafür sprechen, in Anknüpfung an die Zielsetzung der „Schengen-Einbindung“ davon auszugehen, dass die Schweiz die in Anhang B erwähnten Rechtsakte als solche im Ergebnis zu beachten hat. Damit dürfte

<sup>46</sup> Vgl. in Bezug auf den Datenschutz Epiney, SJZ 2006 (Fn. 45), 121 (124 f.).

sich – trotz des gegen die hier vertretene Ansicht sprechenden systematischen Zusammenhangs mit Art. 2 Abs. 1 SAA – die Tragweite der erwähnten Klausel in Art. 2 Abs. 2 SAA letztlich darauf beschränken, dass der Zusammenhang der genannten Rechtsakte mit dem Schengen-Besitzstand hergestellt wird.

## *2. Zum Verfahren der Übernahme neuer Rechtsakte*

Die Übernahme neuer Rechtsakte musste schon deshalb spezifisch geregelt werden, da es sich bei dem Abkommen formell um einen „traditionellen“ völkerrechtlichen Vertrag handelt, der keine Übertragung von Hoheitsbefugnissen vorsieht<sup>47</sup>. Vor diesem Hintergrund wirft die Übernahme neuer Rechtsakte bzw. der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes naturgemäss besondere Probleme auf, die im Einzelnen in dem das diesbezügliche Vorgehen regelnden Art. 7 SAA angesprochen werden. Hervorzuheben sind hier folgende Aspekte:

- Grundsätzlich sollen neue Rechtsakte in der EU und der Schweiz gleichzeitig in Kraft treten (Art. 7 Abs. 1 S. 2). Vorbehalten bleiben ausdrückliche anderslautende Bestimmungen in den betroffenen Rechtsakten, bei deren Formulierungen „der von der Schweiz im Gemischten Ausschuss angegebene Zeitraum gebührend berücksichtigt (wird), den sie für die Erfüllung ihrer verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für notwendig hält“ (Art. 7 Abs. 1 S. 3 SAA).
- Das Verfahren der Übernahme der neuen Rechtsakte ergibt sich im Einzelnen aus Art. 7 Abs. 2, wobei ausdrücklich immer wieder auf die verfassungsrechtlichen Erfordernisse in der Schweiz Bezug genommen wird<sup>48</sup>:
  - In einem ersten Schritt notifiziert der Rat der Schweiz unverzüglich die Annahme neuer, den Schengen-Besitzstand betreffender Rechtsakte (Art. 7 Abs. 2 lit. a) S. 1 SAA).
  - Innerhalb einer Frist von 30 Tagen legt sich die Schweiz fest, ob und wie sie den jeweiligen Rechtsakt in ihre interne Rechtsordnung übernehmen will und notifiziert dies Rat und Kommission (Art. 7 Abs. 2 lit. a) S. 2, 3 SAA).
  - In den Fällen, in denen die Umsetzung in nationales Recht besonderen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen muss (womit Bezug auf

---

<sup>47</sup> Vgl. aber noch die Bemerkungen unten E.

<sup>48</sup> Hier bestehen denn auch beachtliche Unterschiede im Vergleich zu den Abkommen mit Norwegen und Island.

allfällige Referenden<sup>49</sup> genommen wird), hat die Schweiz Rat und Kommission in der Notifikation entsprechend zu informieren. Wird kein Referendum verlangt (diese Klausel ist damit nur für fakultative Referenden anwendbar), hat die Schweiz Rat und Kommission unmittelbar nach Ablauf der Referendumsfrist die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen zu notifizieren. Wird das Referendum verlangt, hat sie hierfür höchstens zwei Jahre Zeit (Art. 7 Abs. 2 lit. b) Uabs. 1 S. 1-4 SAA). Diese Frist dürfte entsprechend auch im Falle obligatorischer Referenden zum Zuge kommen.

- Jedenfalls muss die Schweiz soweit möglich den jeweiligen Rechtsakt zwischen dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens und der Notifizierung der Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen provisorisch anwenden (Art. 7 Abs. 2 lit. b) Uabs. 1 S. 5 SAA).

Ist eine solche provisorische Anwendung nicht möglich, wird die Situation im Gemischten Ausschuss erörtert, und EU bzw. EG können gegenüber der Schweiz die ggf. notwendigen Massnahmen treffen, um das gute Funktionieren des Abkommens sicherzustellen (Art. 7 Abs. 2 lit. b) Uabs. 2 SAA).

## **II. Einheitliche Auslegung und Anwendung des Abkommens**

Die Verwirklichung eines einheitlichen Rechtsraums bedingt neben der Geltung inhaltlich paralleler Rechtsnormen auch deren einheitliche Auslegung und Anwendung. Art. 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 SAA sehen hier verschiedene Mechanismen vor, insbesondere die Verfolgung der Rechtsprechung des EuGH und der zuständigen schweizerischen Gerichte durch den Gemischten Ausschuss, eine regelmässige gegenseitige Übermittlung der Rechtsprechung und eine Berichtspflicht der Schweiz. Kommt es zu einer Abweichung der Praxis von Behörden und Gerichten in der EU einerseits und der Schweiz andererseits, wird unter bestimmten Voraussetzungen der Beendigungsmechanismus eingeleitet<sup>50</sup>.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass weder die Schengen- noch die Dublinassoziiierung eine Verpflichtung zur Übernahme bzw. Beachtung der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH bis zum Datum der Unterzeichnung enthalten, dies im Gegensatz etwa zu dem Personenfreizügigkeitsabkommen (Art. 16).

---

<sup>49</sup> Da im Text nur allgemein von „verfassungsrechtlichen Voraussetzungen“ bzw. „exigences constitutionnelles“ gesprochen wird, bezieht sich dieser „Vorbehalt“ nicht nur auf die obligatorischen und fakultativen Referenden auf Bundesebene, sondern auch auf möglicherweise notwendige kantonale Referenden.

<sup>50</sup> Hierzu noch sogleich unten C.IV.



Man wird aber aus der Zielsetzung der Abkommen, aus den soeben skizzierten Aufgaben des Gemischten Ausschusses sowie den einschlägigen Bestimmungen über die Beendigung des Abkommens<sup>51</sup> in Anknüpfung an die hier massgeblichen völkerrechtlichen Auslegungsregeln (Art. 31 ff. Wiener Vertragsrechtskonvention)<sup>52</sup> ableiten können, dass die Abkommen von der Notwendigkeit und dem Grundsatz einer einheitlichen Anwendung und Auslegung der Abkommen in der EU und der Schweiz ausgehen. Vor dem Hintergrund, dass es um die Einbindung der Schweiz in Unionsrecht geht und dass es gegen die gemeinschaftsverfassungsrechtlichen Grundlagen verstiesse, die EU an die Rechtsprechung und Praxis schweizerischer Gerichte zu binden<sup>53</sup>, impliziert dieser Grundsatz der einheitlichen Auslegung und Anwendung letztlich, dass die Abkommen im Zweifel entsprechend der Rechtslage und Rechtsprechung in der EU auszulegen sind, womit sicherlich der Rechtsprechung des EuGH eine hervorragende Rolle zukommt. Dieser Ansatz bedeutet allerdings nicht, dass die Schweiz im Rechtssinne verpflichtet wäre, die Rechtsprechung des EuGH und die Verwaltungspraxis in den Mitgliedstaaten zu „befolgen“<sup>54</sup>; vielmehr geht es um einen sich aus dem Abkommen selbst auf der Grundlage der völkerrechtlichen Auslegungsmethoden ergebenden Auslegungsgrundsatz, der durch die schweizerischen Gerichte und Behörden in Anwendung der diesbezüglichen in der Schweiz einschlägigen Grundsätze zu beachten ist.

### III. Informationen, Konsultationen und Stellungnahmen

Zwar kommt assoziierten Staaten keinerlei Mitentscheidungsrecht bei der Weiterentwicklung des einschlägigen *acquis communautaire* zu; allerdings hat die Schweiz auf verschiedenen Ebenen das Recht, ihre Position zur Fortentwicklung des Schengener und Dubliner Rechts zu vertreten. So kann in dem durch das Abkommen

---

<sup>51</sup> Unten C.IV.

<sup>52</sup> Zu deren Bedeutung für die Auslegung von Verträgen zwischen der Schweiz und der EG bzw. EU, die (auch) Teile des *acquis communautaire* übernehmen, Astrid Epiney/Robert Mosters, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne: l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), *Interprétation et application des „traités d'intégration“ / Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“*, 2006, 57 (61 ff.).

<sup>53</sup> Vgl. EuGH, Gutachten, 1/91 (EWR), Slg. 1991, I-6079.

<sup>54</sup> Vgl. hierzu schon in Bezug auf die Abkommen mit Norwegen und Island Epiney, AJP 2002 (Fn.), 300 (306).

eingesetzten Gemischten Ausschuss<sup>55</sup> ein allgemeiner Meinungs- und Informationsaustausch über das Abkommen betreffende Probleme stattfinden, und der Gemischte Ausschuss ist über Pläne, den Schengen-Besitzstand zu modifizieren oder weiterzuentwickeln, zu informieren (Art. 4, 5 SAA).

Darüber hinaus sind schweizerische Experten von der Kommission bei der Ausarbeitung neuer Rechtsakte, die in den Anwendungsbereich des Abkommens fallen, auf informeller Ebene ebenso heranzuziehen, wie sie dies mit Sachverständigen aus der EU tut (Art. 6 SAA).

Nach Art. 8 Abs. 2 SAA kann die Schweiz im Fall von den Schengen-Besitzstand betreffenden Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH Stellungnahmen einreichen.

Bei all diesen Beteiligungsformen beschränken sich die Rechte der Schweiz allerdings darauf, ihre Anliegen zur Kenntnis bringen zu können; eine irgendwie geartete Berücksichtigungspflicht materieller Art besteht nicht<sup>56</sup>. Auch gibt es weder eine formalisierte Informationspflicht der EG- und EU-Organen noch ist ein „echtes“ formalisiertes Verfahren (mit genauen Fristen o.ä.) für die Abgabe von Stellungnahmen der Schweiz im gemeinschafts- bzw. unionsinternen Rechtsetzungsverfahren vorgesehen. Zu beachten ist allerdings, dass Schweizer Experten bereits ab Beginn der legislativen Arbeiten auf EU-Ebene einbezogen werden, was eine relativ frühzeitige faktische Geltendmachung schweizerischer Interessen ermöglichen dürfte.

#### **IV. Beendigungsmechanismus**

Das Assoziierungsabkommen folgt dem Prinzip „alles oder nichts“<sup>57</sup>: Die Schweiz soll sich vollständig in den Schengen-Besitzstand integrieren. Rechtliche „Alleingänge“ – m.a.W. jede Form der Abweichung vom Schengen-Besitzstand, so wie er in seiner weiterentwickelten Form in der Union gilt oder gelten soll bzw. angewandt und ausgelegt wird, etwa in der Form von abweichendem Nachvollzug oder fehlender Harmonie in der Rechtsanwendung – sind nach der Konzeption der Abkommen grundsätzlich als Gefahr für die Verwirklichung des Ziels des einheitlichen Rechtsraumes anzusehen, die es zu vermeiden gilt. Zwar kann den Abkommen keine

---

<sup>55</sup> Vgl. zu diesem *Susanne Gutzwiller*, Komitologie und Gemischte Ausschüsse im Rahmen der Assoziierung der Schweiz an Schengen/Dublin, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), *Accords bilatéraux II Suisse-EU et autres Accords récents / Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU und andere neue Abkommen*, 2006, 245 (253 ff.).

<sup>56</sup> S. auch Art. 7 Abs. 1 S. 1 SAA, der klarstellt, dass die Verabschiedung neuer Rechtsakte ausschliesslich auf der Ebene der EU nach den in den Verträgen vorgesehenen Verfahren erfolgt.

<sup>57</sup> Das lediglich in Bezug auf das „Bankgeheimnis“ bzw. zum „Schutz“ desselben durch Art. 7 Abs. 5 SAA relativiert wird. Hierzu noch unten D.IV.3.

unbedingte Rechtspflicht zum „lückenlosen Nachvollzug“ entnommen werden, so dass entsprechende Abweichungen nicht als solche eine Vertragsverletzung darstellen<sup>58</sup>. Jede Abweichung vom Schengen-Besitzstand, so wie er in seiner weiterentwickelten Form in der Union gilt oder gelten soll bzw. angewandt und ausgelegt wird, kann aber vor dem Hintergrund der erwähnten Konzeption des Abkommens seine Beendigung nach sich ziehen<sup>59</sup>.

Im Einzelnen können vor diesem Hintergrund folgende Tatbestände den Beendigungsmechanismus bzw. das entsprechende Verfahren im Gemischten Ausschuss auslösen (Art. 7 Abs. 4, Art. 9 Abs. 2, Art. 10 SAA):

- ausdrückliche Ablehnung des Nachvollzugs eines neuen, dem Schengen-Besitzstand zuzurechnenden Rechtsakts oder Unterlassen der Notifizierung, den Nachvollzug vornehmen zu wollen, durch die Schweiz;
- Unterlassen der Notifizierung (durch die Schweiz) der Erfüllung der verfassungsrechtlichen Anforderungen nach Ablauf der Referendumsfrist oder nach Ablauf von zwei Jahren;
- Unterlassen der provisorischen Anwendung (wohl nur, sofern diese möglich gewesen wäre);
- unharmonische Anwendung des Rechts zwischen den Verwaltungen oder Gerichten in den EU-Mitgliedstaaten auf der einen und der Verwaltung und den Gerichten in der Schweiz auf der anderen Seite;
- bedeutende Unterschiede in der Rechtsprechung zwischen dem EuGH und schweizerischen Gerichten;
- ungelöste Streitigkeiten über Anwendung oder Auslegung des Abkommens.

Liegt einer dieser Beendigungsgründe vor, wird ein Fristlauf initiiert (90 Tage, ggf. verlängerbar um weitere 30 Tage); während dieser Frist können die Parteien im Gemischten Ausschuss durch einen ausdrücklichen (einstimmig zu fassenden) Beschluss die weitere Anwendung bzw. Geltung des Abkommens beschliessen. Lässt der Gemischte Ausschuss die vorgesehenen Fristen verstreichen, gilt das Abkommen nach Ablauf einer weiteren Frist als beendet (Art. 8 Abs. 4, Art. 10 Abs. 2, 3 SAA).

---

<sup>58</sup> Zu diesem Punkt bereits ausführlich *Epiney*, AJP 2002 (Fn. 4), 300 (305 ff.).

<sup>59</sup> Mit einer noch sogleich zu erwähnenden Ausnahme, die das „Bankgeheimnis“ betrifft, vgl. unten D.IV.3.

Nicht ausdrücklich beantwortet wird durch das Abkommen die Frage, wer denn entscheidet, ob einer der Beendigungstatbestände vorliegt, was ggf. durchaus streitig sein kann. Der systematische Zusammenhang der Beendigungsbestimmungen legt nahe, dass hierfür jedenfalls nicht ein (notwendigerweise einstimmig zu fassender) Beschluss des Gemischten Ausschusses erforderlich ist. Denn ansonsten würde der für die Weiterführung erforderliche ausdrückliche Beschluss des Gemischten Ausschusses seines Sinns entbehren. Weiter spricht auch der Beendigungstatbestand des Vorliegens ungelöster Streitigkeiten gegen eine solche Sicht. Somit dürfte es ausreichen, dass einer der Vertragsparteien der Ansicht ist, dass ein Beendigungstatbestand vorliegt.

## **V. Zum Einbezug Liechtensteins**

Art. 16 SAA sieht die Möglichkeit vor, dass das Fürstentum Liechtenstein dem Abkommen beitrifft. Wenn auch keine entsprechende rechtliche Verpflichtung (zu Lasten Dritter) in dem Abkommen vorgesehen werden kann, ist doch zu erwarten, dass der Inhalt eines solchen Protokolls faktisch in weiten Teilen durch das Abkommen selbst vorgezeichnet ist. Beim heutigen Stand der Dinge ist zu erwarten, dass Liechtenstein der Schengen- und Dublin-Assoziierung 2008 beitreten wird.

## **VI. Weitere Bestimmungen**

Weitere Bestimmungen des Abkommens betreffen folgende Fragen:

- die Kosten (Art. 11);
- das Verhältnis zu anderen völkerrechtlichen Abkommen (Art. 12);
- die Verpflichtung der Schweiz, durch den Abschluss von Abkommen mit Dänemark sowie Island und Norwegen die Verbindung auch zu diesen, an den Schengen-Besitzstand in besonderer Weise gebundene Staaten sicherzustellen (Art. 13)<sup>60</sup>;

---

<sup>60</sup> Auch hierfür gibt es bereits Vorbilder. Vgl. Übereinkommen zwischen dem Rat der Europäischen Union und der Republik Island und dem Königreich Norwegen zur Festlegung der Rechte und Pflichten zwischen Irland und dem Vereinigten Königreich Grossbritannien und Nordirland einerseits und der Republik Island und dem Königreich Norwegen andererseits in den für diese Staaten geltenden Bereichen des Schengen-Besitzstandes, ABl. 2000 L 15, 2. Eine Vereinbarung mit Grossbritannien erübrigt sich für die Schweiz, da in dem Abkommen selbst auf die Mitgliedstaaten Bezug genommen wird, soweit für diese Bestimmungen des Schengen-Besitzstandes rechtsverbindlich sind, Art. 7 Abs. 3 SAA. S. zu den von der Schweiz bislang bereits unterzeichneten Abkommen den Überblick bei *Cornu*, in: *Accords bilatéraux II* (Fn. 4), 207 (220 ff.).

- das Inkrafttreten, die vorläufige Anwendung einiger Bestimmungen und die Anwendung des bestehenden Besitzstandes (Art. 14, 15);
- die Kündigung des Abkommens (Art. 17, 18).

## **D. Zur materiellen Tragweite des Schengen- und Dublinbesitzstandes – ausgewählte Aspekte**

Es ist im vorliegenden Rahmen nicht möglich, auf alle Aspekte des Schengen- und Dublinbesitzstandes umfassend einzugehen; herausgegriffen seien die u.E. wichtigsten Elemente: der Abbau der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen und die Kontrollen an den Aussengrenzen (I.), die Harmonisierung der Sichtvermerke (II.), die polizeiliche Zusammenarbeit (III.), die Rechtshilfe in Strafsachen (IV.) sowie die Zuständigkeit zur Behandlung eines Asylgesuchs und „Eurodac“ (V.).

### **I. Abbau der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen und die Kontrollen an den Aussengrenzen**

#### *1. Abbau der Binnengrenzkontrollen*

Schengen II und damit letztlich der Schengen-Besitzstand wurde mit dem Ziel abgeschlossen, den Abbau der Grenzkontrollen zu verwirklichen<sup>61</sup>. Dementsprechend sieht Art. 2 Abs. 1 Schengen II vor, dass die Binnengrenzen an jeder Stelle ohne Personenkontrollen überschritten werden dürfen. Allerdings bedeutet diese Abschaffung der Grenzkontrollen nicht, dass man in Europa allgemein ohne Ausweispapiere reisen dürfte. Vielmehr ergibt sich aus Art. 2 Abs. 3 Schengen II, dass die ggf. bestehenden nationalen Vorschriften über das Mitführen von Ausweispapieren unberührt bleiben, so dass die zuständigen nationalen Behörden je nach Ausgestaltung des innerstaatlichen Rechts jederzeit verlangen können, dass Ausweispapiere mitgeführt und vorgezeigt werden. Weiter bleibt es den Mitgliedstaaten unbenommen, im Landesinnern „normale“ polizeiliche Kontrollen durchzuführen. Solche Massnahmen werden von manchen Mitgliedstaaten auch als „Ausgleich“ für den Wegfall der Grenzkontrollen angesehen, wobei bewährte Massnahmen die Schleierfahndung<sup>62</sup> und die Zielfahndung sind<sup>63</sup>. Erstere besteht in mobilen, zeitlich

---

<sup>61</sup> Vgl. schon oben B.I. S. in diesem Zusammenhang auch *Friedl Weiss/Frank Wooldridge*, Free Movement of Persons within the European Community, 2002, 35, die den Abbau der Grenzkontrollen als *key principle* der Abkommen bezeichnen; ähnlich auch *Garcia-Jourdan*, L'émergence d'un espace européen (Fn. 4), 23.

<sup>62</sup> Hierzu ausführlich *Christian Krane*, „Schleierfahndung“, 2003.

begrenzten Personenkontrollen im Grenzraum oder im Landesinneren, letztere in der gezielten Personenfahndung durch spezialisierte Polizeieinheiten<sup>64</sup>. Diese Massnahmen sind nicht Teil des Schengen-*acquis*, sondern werden in den nationalen Rechtsordnungen geregelt und müssen damit mit dem Schengen-*acquis* vereinbar sein. Dies bedeutet insbesondere, dass es sich nicht um „verschleierte Grenzkontrollen“ handeln darf, was dann anzunehmen wäre, wenn die Kontrollen letztlich dieselbe oder eine ähnliche Wirkung wie Grenzkontrollen hätten. Da sich Grenzkontrollen im Wesentlichen durch die Merkmale der Verdachtsunabhängigkeit, der stationären Durchführung und durch den Umstand, dass die Kontrolle allein wegen des Grenzübertritts erfolgt, auszeichnen, dürfen nationale Ersatzmassnahmen diese Charakteristika jedenfalls nicht kumulativ aufweisen, da es sich ansonsten um „Massnahmen gleicher Wirkung wie Grenzkontrollen“ handelte. Aber auch allein verdachtsunabhängige systematische Kontrollen in Grenznähe dürften mit Art. 2 Abs. 1 Schengen II nicht in Einklang stehen, da ihre Wirkung denjenigen von Grenzkontrollen ähnelte und damit die effektive Wirksamkeit des Verbots von Grenzkontrollen beeinträchtigt wäre.

Als echte Durchbrechung des grundsätzlichen Verbots der Grenzkontrollen sieht Art. 2 Abs. 2 Schengen II vor, dass unter der Voraussetzung des Vorliegens einer Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die nationale Sicherheit Grenzkontrollen während eines begrenzten Zeitraums wieder eingeführt werden können. Diese Bestimmung ist heute im Zusammenhang mit Art. 64 Abs. 1 EGV zu sehen, wonach Titel IV EGV nicht die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit berührt. Letztlich konkretisiert Art. 2 Abs. 2 Schengen II diesen „Kompetenzvorbehalt“ des Art. 64 Abs. 1 EGV<sup>65</sup>, so dass davon auszugehen ist, dass für den speziellen Fall der

---

<sup>63</sup> Vgl. hierzu Botschaft Bilaterale II, BBl. 2004, 5965 (6095 ff.).

<sup>64</sup> Aus polizeilicher Sicht sind solche Massnahmen im Vergleich zu stationären Grenzkontrollen insbesondere deshalb von Vorteil, weil die Polizei- und Zolleinheiten gezielt reagieren können, wenn sie – meist via SIS – die Meldung erhalten haben, dass sich verdächtige Personen im Hoheitsgebiet aufhalten. Zudem sind die Kontrollen unvorhersehbar, da sie auch im Landesinnern stattfinden können und nicht auf die Grenze beschränkt sind. Vgl. zu verschiedenen durch die Mitgliedstaaten angewandten Ersatzmassnahmen *Andrea Rauber Saxer*, Mobilität versus Sicherheit: Grenzkontrollen im Schengen-Konzept, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), *Accords bilatéraux II Suisse-EU et autres Accords récents / Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU und andere neue Abkommen*, 2006, 267 (275).

<sup>65</sup> Dessen Reichweite im Einzelnen umstritten ist. Die Bemerkungen im Text, die sich auf Art. 2 Abs. 2 Schengen II beziehen, lassen sich auch auf Art. 64 Abs. 1 übertragen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass Art. 2 Abs. 2 Schengen II nach der hier vertretenen Ansicht eine spezifische Ausprägung des Art. 64 Abs. 1 EGV darstellt. Vgl. zum Meinungsstand in Bezug auf die Auslegung des Art. 64 Abs. 1 EGV m.w.N. *Winfried Brechmann*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2. Aufl., 2002, Art. 64 EGV, Rn. 1 ff.

Wiedereinführung von Grenzkontrollen aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Ordnung oder der inneren bzw. nationalen Sicherheit die engeren Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 2 EGV (wobei sich die Einschränkungen insbesondere darauf beziehen, dass die Wiedereinführung der Grenzkontrollen nur für einen begrenzten Zeitraum erfolgen darf und jedenfalls der Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten ist) heranzuziehen sind. Im Einzelnen kann die Tragweite dieser „Ordre-public-Klausel“<sup>66</sup> bzw. können deren Voraussetzungen wie folgt präzisiert werden:

- Erstens muss es um eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit gehen. Diese Begriffe sind jedenfalls gemeinschaftsrechtliche Begriffe, so dass die Mitgliedstaaten deren Bedeutung nicht nach Belieben bestimmen können. Im Hinblick auf ihre genaue Tragweite dürften die Begriffsumschreibungen des EuGH im Zusammenhang mit Einschränkungen der Grundfreiheiten aus diesen Gründen einen ersten Anhaltspunkt liefern: Danach sind unter der öffentlichen Ordnung die wesentlichen Grundregeln eines Gemeinwesens zu verstehen, während der Begriff der öffentlichen Sicherheit – wohl als Teilbereich der öffentlichen Ordnung – das Schutzsystem des Staates zur Erhaltung seines Gewaltmonopols, aber auch den Schutz der Existenz des Staates und seiner zentralen Einrichtungen vor (inneren und äusseren) Bedrohungen erfasst<sup>67</sup>. Deutlich wird damit, dass diese gemeinschaftsrechtlichen Begriffe den Mitgliedstaaten einen gewissen Gestaltungsspielraum einräumen, der im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 Schengen II eher noch weiter ausfallen dürfte als im Zusammenhang mit der Beschränkung der Grundfreiheiten. Jedenfalls aber wird man verlangen müssen, dass ein Grundinteresse des Staates auf dem Spiel steht, wobei nach einem objektiven Massstab zu beurteilen ist, ob dies der Fall ist oder nicht.
- Zweitens muss eine tatsächliche Gefährdung der genannten Rechtsgüter vorliegen, die ebenfalls aus objektiver Sicht festzustellen ist, wobei den Mitgliedstaaten aber auch hier ein gewisser Beurteilungsspielraum einzuräumen ist.

---

<sup>66</sup> Auf die in der Praxis regelmässig zurückgegriffen wird, z.B. bei grossen Sportereignissen (Olympiade oder Fussballeuropameisterschaften) oder wichtigen Treffen (z.B. G-8-Gipfel). Vgl. zum Rückgriff in der Praxis auf diese Bestimmung *Rauber Saxer*, in: *Accords bilatéraux II Suisse- EU* (Fn. 64), 267 (276).

<sup>67</sup> Vgl. hierzu mit weiteren Nachweisen *Astrid Epiney*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2. Aufl., 2002, Art. 30 EGV, Rn. 31 ff. Ausführlich *Hartmut Schneider*, *Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-Vertrag*, 1998, *passim*.

- Drittens dürfen die Grenzkontrollen von vornherein nur für einen begrenzten Zeitraum wiedereingeführt werden. Diese Bestimmung – wobei hier auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit<sup>68</sup> zu beachten ist – dürfte implizieren, dass bei jeder einzelnen Wiedereinführung der Grenzkontrollen eine im Voraus festzulegende Befristung zu erfolgen hat. Weiter ist es zwar nicht ausgeschlossen, dass eine befristete Wiedereinführung der Grenzkontrollen verlängert wird; eine unbeschränkte und automatische Verlängerung verstiesse aber jedenfalls gegen Art. 2 Abs. 2 Schengen II.
- Viertens ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten<sup>69</sup>, erlaubt Art. 2 Abs. 2 Schengen II die Einführung der Grenzkontrollen doch lediglich unter der Voraussetzung, dass sie für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erforderlich sind. Die Verhältnismässigkeit muss dabei für alle Aspekte der Grenzkontrollen gegeben sein, so insbesondere ihre Dauer, die Art und Weise ihrer Durchführung und ihren räumlichen Anwendungsbereich<sup>70</sup>.

Allerdings ist zu beachten, dass die Einhaltung dieser Voraussetzungen nicht durch den EuGH überprüft werden kann: Denn Art. 2 Abs. 1 Uabs. 3 S. 2 Schengen-Protokoll sieht vor, dass der EuGH keinesfalls für Massnahmen oder Beschlüsse, die die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit betreffen, zuständig ist. Gerade darum geht es aber bei den Massnahmen nach Art. 2 Abs. 2 Schengen II<sup>71</sup>. Diese Einschränkung der Kompetenz des EuGH – die wesentlich weiter geht als die entsprechende Bestimmung in Art. 68 Abs. 2 EGV, dessen Anwendungsbereich auf mit dem Wegfall der Grenzkontrollen zusammenhängende Massnahmen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der

<sup>68</sup> Vgl. auch noch sogleich unten, nächster Spiegelstrich.

<sup>69</sup> Im Rahmen des Art. 64 Abs. 1 EGV soll dieser Grundsatz hingegen jedenfalls nach teilweise vertretener Ansicht keine Rolle spielen, vgl. so *Thomas Wiedmann*, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 64, Rn. 4.

<sup>70</sup> Im sog. Grenzkodex (Entwurf einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen) werden verschiedene Einzelheiten der Wiedereinführung von Grenzkontrollen präzisiert. Hierzu *Rauber Saxer*, in: *Accords bilatéraux II Suisse-EU* (Fn. 64), 267 (276 f.). Dieser Grenzkodex soll das sog. Gemeinsame Handbuch (ABl. 2002 C 313, 97) ablösen, dessen Rechtsnatur und damit auch Verbindlichkeit umstritten ist, wurde es doch nicht als rechtlich klar verbindlicher Akt erlassen, so dass vieles dafür spricht, es lediglich als unverbindlichen Auslegungsmassstab anzusehen, während ansonsten allein das Abkommen rechtlich verbindlich ist.

<sup>71</sup> S. zu dieser (bedauerlichen) Einschränkung der Kompetenz des Gerichtshofs *Claus Dieter Classen*, Die Jurisdiktion des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften nach Amsterdam, EuR Beiheft 1/1999, 77; *Wasielewski*, Rechtsdifferenzierungen (Fn. 27), 184 f.; *Kraus-Vonjohr*, Der Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Europa (Fn. 4), 151, 229 ff.; *Famira*, Der freie Personenverkehr (Fn. 4), 185 f.; *Heimann*, Visa, Asyl, Einwanderung (Fn. 22), 65; *Thun-Hohenstein*, Vertrag von Amsterdam (Fn. 22), 52 f.; *Henri Labayle*, Un espace de liberté, de sécurité et de justice, RTDE 1997, 813 (837).



inneren Sicherheit beschränkt ist<sup>72</sup> – hat zur Folge, dass die Justitiabilität des der ersten Säule zugeordneten Schengen-Besitzstandes im Vergleich zu den sonstigen unter Titel IV EGV fallenden Bereichen wesentlich stärker eingeschränkt ist. Allerdings ist zu beachten, dass im Falle der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes und damit des „Neuerlasses“ von Rechtsakten auf der Grundlage des Titel IV EGV diese Einschränkung der Kompetenzen des EuGH nicht mehr zum Zuge kommt<sup>73</sup>, sondern allein Art. 68 EGV massgeblich ist, unterliegt doch die Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes nach Art. 5 Schengen-Protokoll allgemein den einschlägigen Bestimmungen des Vertrages, woraus man wohl schliessen kann, dass diesfalls auch die ordentlichen Regeln über die Kompetenz des EuGH zum Zuge kommen.

## 2. Zu den Vorgaben für die Kontrollen an den Aussengrenzen und den Einreisevoraussetzungen

Als Korrelat zum Abbau der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen sieht der Schengen-Besitzstand gewisse Vorgaben für die Durchführung der Kontrollen an den Aussengrenzen vor, die auch und gerade vor dem Hintergrund zu sehen sind, dass die Einreisekontrollen jeweils auch „für“ die anderen Mitgliedstaaten durchgeführt werden<sup>74</sup>. Im Einzelnen sind dem Schengener Abkommen diesbezüglich insbesondere folgende Vorgaben zu entnehmen<sup>75</sup>:

- In Bezug auf die Überschreitung der Aussengrenzen formuliert Art. 3 Abs. 1 S. 1 Schengen II den massgeblichen Grundsatz: Danach dürfen diese nur an bestimmten Grenzübergangsstellen und während der festgesetzten Verkehrszeiten überschritten werden<sup>76</sup>. Art. 4 Schengen II trifft eine Sonderregelung für die Einreise in das Territorium der Schengen-Staaten auf

<sup>72</sup> Wobei hier streitig ist, ob diese Bestimmung nur gemeinschaftliche oder auch nationale Massnahmen erfasst, vgl. hierzu m.w.N. *Winfried Brechmann*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl., 2002, Art. 68 EGV, Rn. 4. Jedenfalls der Entstehungsgrund der Bestimmung spricht dafür, dass auch nationale Massnahmen erfasst sind, bildet doch die Möglichkeit der ausnahmsweisen (Wieder-) Einführung von Binnengrenzkontrollen gerade den Hintergrund dieser Ausnahmevorschrift, vgl. nur *Brechmann*, ebd.; *Ludwig Schmahl*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Vertrag über die EU und Vertrag zur Gründung der EG. Kommentar, 6. Aufl., 2003, Art. 68 EGV, Rn. 4.

<sup>73</sup> Anders aber ohne Begründung *Heimann*, Visa, Asyl, Einwanderung (Fn. 22), 65. Wie hier wohl *Brechmann*, Art. 68 (Fn. 72), Rn. 6.

<sup>74</sup> Ausführlich zu diesem Gesichtspunkt *Astrid Epiney*, Rechte und Pflichten der Drittausländer, in: Alberto Achermann/Roland Bieber/Astrid Epiney/Ruth Wehner, Schengen und die Folgen, 1995, 51 (56 f.).

<sup>75</sup> Ausführlich hierzu etwa *Garcia-Jourdan*, L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice (Fn. 4), 141 ff.; s. auch schon *Epiney*, in: Schengen und die Folgen (Fn. 74), 51 (54 ff.).

<sup>76</sup> Vgl. hierzu und zu den diesbezüglichen Präzisierungen *Rauber Saxer*, in: Accords bilatéraux II Suisse-EU (Fn. 64), 267 (270 f.).

dem Luftweg, die letztlich in den Flughäfen eine räumliche und logistische Trennung zwischen internen Schengen-Flügen und Flügen von und aus Nicht-Schengen-Staaten impliziert.

- Art. 6-8 Schengen II legen gemeinsame bzw. einheitliche Standards fest, nach denen die Kontrollen an den Aussengrenzen – die nach wie vor von nationalen Behörden in nationaler Zuständigkeit und nach Massgabe des nationalen Rechts, wobei darüber hinaus aber auch der Schengen-Besitzstand zu beachten ist, durchgeführt werden – zu erfolgen haben. So hat sich die Personenkontrolle bei der Einreise nicht nur auf das Vorliegen der Einreisevoraussetzungen<sup>77</sup>, sondern (jedenfalls bei Drittausländern) auch auf die fahndungstechnische Überprüfung sowie die Abwehr von Gefahren für die nationale Sicherheit und die öffentliche Ordnung der Schengen-Staaten zu erstrecken. Auch die mitgeführten Sachen sind nach Massgabe des nationalen Rechts zu kontrollieren. Für die Kontrolle der Ausreise hingegen werden keine genauen Vorgaben für die Art der durchzuführenden Kontrollen formuliert; hier begnügt sich das Abkommen damit, dass die Kontrollen durchzuführen sind, die im Interesse aller Vertragsparteien aufgrund des Ausländerrechts und für die Zwecke der Fahndung und Abwehr von Gefahren geboten sind (Art. 6 Abs. 2 lit. d) Schengen II). Art. 6 Abs. 2 lit. e) Schengen II präzisiert, dass im Falle der Unmöglichkeit der Beachtung der skizzierten Massstäbe Schwerpunkte zu setzen sind, wobei der Kontrolle des Einreiseverkehrs grundsätzlich Vorrang vor der des Ausreiseverkehrs einzuräumen ist.

Insgesamt sind die einheitlichen Grundsätze für die Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs an den Aussengrenzen insbesondere durch zwei Tendenzen geprägt: Zum einen wird regelmässig Bezug auf alle Vertragsparteien genommen; dies gilt sowohl für die Art der Durchführung der Grenzkontrollen, was insbesondere die Pflicht der Vertragsstaaten nach sich zieht, die Interessen der anderen Vertragsstaaten zu berücksichtigen<sup>78</sup>, als auch für ihre Wirkung, so dass die von einem Staat vorgenommenen Kontrollen als auch für die anderen Schengen-Staaten durchgeführt gelten. Zum anderen sind Drittausländer grundsätzlich strengeren Kontrollen zu unterwerfen als Staatsangehörige einer der Mitgliedstaaten der Europäischen Union. So sind

---

<sup>77</sup> Hierzu sogleich im Text.

<sup>78</sup> So ist etwa nach Art. 6 Abs. 2 lit. a) Schengen II bei der Einreisekontrolle nicht nur zu prüfen, ob eine bestimmte Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung des eigenen Staates darstellt, sondern auch, ob sie die öffentliche Sicherheit und Ordnung aller anderen Vertragsstaaten beeinträchtigt. Es findet also eine „Kumulation“ der Interessen aller Vertragsparteien statt.

nach Art. 6 Abs. 2 lit. b) Schengen II zwar alle Personen bei der Einreise einer Kontrolle zu unterziehen, die die Feststellung ihrer Identität ermöglicht. Darüber hinaus sind die Vertragsparteien aber nach Art. 6 Abs. 2 lit. c) Schengen II dazu verpflichtet, Drittausländer einer weitergehenden Kontrollen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 lit. a) Schengen II zu unterwerfen. Wie erwähnt, bedeutet dies eine sehr eingehende Kontrolle der Personen – insbesondere aufgrund der fahndungstechnischen Überprüfung und der negativen Feststellung, dass sie keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung der Mitgliedstaaten darstellen – und der mitgeführten Sachen. Ob diese Differenzierungspflicht zwischen Unionsbürgern und Drittausländern in jedem Fall im Hinblick auf die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sinnvoll ist, mag in Frage gestellt werden, gehen doch nicht „automatisch“ von jedem Drittstaatsangehörigen grössere Gefahren als von Unionsbürgern aus, so dass ein verstärkter Einbezug von konkreten Verdachtsmomenten möglicherweise sinnvoll wäre. In der Praxis dürften diese Grundsätze denn auch etwas flexibler gehandhabt werden, was durch Art. 6 Abs. 2 lit. e) Schengen II auch vorgesehen ist.

- Weiter legt Art. 5 Schengen II die Bedingungen fest, die für eine Einreise von Drittausländern erfüllt sein müssen. So muss ein Drittausländer, der für einen Aufenthalt bis zu drei Monaten einreisen will, kumulativ folgende, in Art. 5 Abs. 1 Schengen II aufgeführte Voraussetzungen erfüllen:
  - Er muss die erforderlichen gültigen Grenzübertrittspapiere besitzen (lit. a).
  - Soweit erforderlich, muss er über einen gültigen Sichtvermerk verfügen (lit. b).
  - Ggf. hat er seinen Aufenthaltsweg und die Umstände seines Aufenthalts sowie ausreichende materielle Ressourcen zu belegen (lit. c).
  - Er darf nicht zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben sein (lit. d).
  - Er darf keine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die nationale Sicherheit oder die internationalen Beziehungen einer der Schengen-Staaten darstellen (lit. e).

Erfüllt ein Drittausländer eine dieser Voraussetzungen nicht, so muss ihm die Einreise verweigert werden; liegen sie hingegen vor, so kann ihm die Einreise gestattet werden. Der Pflicht zur Einreiseverweigerung entspricht also kein Recht auf Einreise im Falle des Vorliegens der diesbezüglichen

Voraussetzungen; vielmehr stellt die Entscheidung über die Einreise eine Ermessensentscheidung des befassenen Staates bzw. der für ihn handelnden Organe dar. Die Ausübung dieses Ermessens richtet sich dabei wohl allein nach nationalen Vorgaben bzw. Massstäben, da dem Schengen-Besitzstand hierüber keinerlei Aussagen zu entnehmen sind<sup>79</sup>.

## II. Harmonisierung der Sichtvermerke

Titel II Kapitel 3 Schengen II verpflichtet die Schengen-Staaten zu einer Harmonisierung gewisser Visamassnahmen. Dieses Anliegen wurde kontinuierlich vergemeinschaftet<sup>80</sup> und ist seit dem Amsterdamer Vertrag in Art. 62 Abs. 2 lit. b) EGV verankert.

Erfasst werden dabei in erster Linie Sichtvermerke bzw. Visa für einen kurzfristigen Aufenthalt von maximal drei Monaten (Art. 9-17 Schengen II). Dieses sog. „Schengen-Visum“ bringt im Vergleich zu einem nationalen Visum den Vorteil mit sich, dass es seinem Besitzer das Recht verleiht, sich nicht nur in einem einzelnen Staat, sondern in der gesamten Schengen-Zone frei zu bewegen und sich in jedem der Schengen-Staaten aufzuhalten.

Nicht jeden Drittausländer trifft eine Visumspflicht. Vielmehr erstellen die Mitgliedstaaten im Rat gemäss Art. 62 Abs. 2 lit. b) Ziff. i) EGV eine gemeinsame Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Aussengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen („schwarze Liste“) bzw. von der Visumspflicht befreit sind („weisse Liste“).<sup>81</sup>

Das Schengen-Visum kann grundsätzlich entweder mit dem Zweck des Aufenthalts oder der Durchreise ausgestellt werden (Art. 11 Abs. 1 lit. a, b Schengen II). Das Aufenthalts- oder Reisevisum, welches für eine oder mehrere Einreisen gültig sein kann, verleiht dem Inhaber das Recht, sich maximal drei Monate ununterbrochen oder

---

<sup>79</sup> Zur Problematik dieser Konstruktion *David O’Keeffe*, The Schengen Convention: A Suitable Model for European Integration?, YEL 1991, 185 (191); *J.D.M. Steenbergen*, Schengen and the movement of persons, in: H. Meijers u.a. (Hrsg.), Schengen. Internationalisation of central chapters of the law on aliens, refugees, privacy, security and the police, 1991, 57 (63 ff.); *Epiney*, in: Schengen und die Folgen (Fn. 79), 51 (60 ff.).

<sup>80</sup> Insbesondere durch den Vertrag von Amsterdam. S. hierzu im Einzelnen *Annalisa Meloni*, The development of a common visa policy under the Treaty of Amsterdam, CMLRev. 2005, 1357 ff.; *Rute Vicente*, L’intégration de la Suisse au système européen des visas, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), Accords bilatéraux II Suisse- EU et autres Accords récents / Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU und andere neue Abkommen, 2006, 309 ff.

<sup>81</sup> S. Anhang I und II der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Aussengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumspflicht befreit sind; ABl. Nr. L 81 vom 21.3.2001, 1 ff., geändert durch die VOen 2414/2001, 453/2003 und 851/2005.

im Rahmen verschiedener aufeinander folgender Aufenthalte im Schengen-Raum aufzuhalten, während das Schengen-Visum mit dem Zweck der Durchreise von einem Drittstaat in einen anderen Drittstaat maximal fünf Tage gültig ist und in abgewandelter Form auch als Visum für den Flughafentransit ausgestellt werden kann.<sup>82</sup>

Die Zuständigkeit für die Visumerteilung liegt grundsätzlich bei der Vertragspartei bzw. der diplomatischen oder konsularischen Vertretung des Hauptreiseziels des Antragstellers oder, wenn kein konkretes Reiseziel besteht, bei dem Staat der ersten Einreise (Art. 12 Schengen II).<sup>83</sup> Ausnahmsweise kann das Schengen-Visum nach Massgabe der Verordnung 415/2003<sup>84</sup> auch direkt an der Grenze übergeben werden. Der Antrag für ein Schengen-Visum muss persönlich, mittels eines standardisierten Antragformulars<sup>85</sup> und unter Angabe der Reisegründe gestellt werden.

Gemäss Art. 15 i.V.m. Art. 5 lit. a, c, d, e Schengen II darf ein Schengen-Visum nur an Drittausländer erteilt werden, welche die allgemeinen Einreisevoraussetzungen<sup>86</sup> erfüllen. Die einzelnen speziellen Kriterien für die Visumsvergabe sind der „Gemeinsamen Konsularischen Instruktion“<sup>87</sup> sowie dem „Gemeinsamen Handbuch“<sup>88</sup> zu entnehmen.

Die einheitliche Ausgestaltung<sup>89</sup> und die Merkmale des Schengen-Visums sind in der auf Art. 62 Abs. 2 lit. b Ziff. iii) EGV gestützten Verordnung (EG) Nr. 1683/95 des Rates vom 29. Mai 1995 über eine einheitliche Visagestaltung<sup>90</sup> definiert. So sind in einer Liste im Anhang dieser Verordnung die sichtbaren Erkennungsmerkmale des

<sup>82</sup> Vgl. zu den verschiedenen Typen des einheitlichen Schengen-Visums: Gemeinsame konsularische Instruktion an die diplomatischen Missionen und die konsularischen Vertretungen, die von Berufskonsularbeamten geleitet werden, ABl. C 313 vom 16.12.2002, 6 f.

<sup>83</sup> Vgl. Gemeinsame Konsularische Instruktion an die diplomatischen Missionen und die konsularischen Vertretungen, die von Berufskonsularbeamten geleitet werden, ABl. C 313 vom 16.12.2002, 7 f.

<sup>84</sup> Verordnung (EG) Nr. 415/2003 des Rates vom 27. Februar 2003 über die Erteilung von Visa an der Grenze, einschliesslich der Erteilung derartiger Visa an Seeleute auf der Durchreise, ABl. L 64 vom 7.3.2003, 1 ff.

<sup>85</sup> Vgl. das Muster in der Gemeinsamen Konsularischen Instruktion an die diplomatischen Missionen und die konsularischen Vertretungen, die von Berufskonsularbeamten geleitet werden, ABl. C 313 vom 16.12.2002, 95 f.

<sup>86</sup> S. zu diesen bereits oben D.I.2.

<sup>87</sup> Gemeinsame konsularische Instruktion an die diplomatischen Missionen und die konsularischen Vertretungen, die von Berufskonsularbeamten geleitet werden, ABl. C 313 vom 16.12.2002, 1 ff.

<sup>88</sup> Gemeinsames Handbuch, ABl. C 313 vom 16.12.2002, 97 ff.

<sup>89</sup> Vgl. zur einheitlichen Visagestaltung *Ludwig Schmahl*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Kommentar, 6. Aufl., 2003, Art. 62 EG, Rn. 13 ff.

<sup>90</sup> ABl. L 164 vom 14.7.1995, 1 ff.

Schengen-Visums, welches gemäss Art. 1 der Verordnung als Klebeetikette ausgestaltet ist, aufgeführt. In Art. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VO 1683/95 ist vorgesehen, dass zusätzlich geheime technische Spezifikationen vereinbart werden, um die Visa fälschungssicher zu machen. Ausserdem soll das Schengen-Visum zukünftig auch biometrische Daten beinhalten.<sup>91</sup>

Zum Zwecke der Vermeidung von Missbräuchen im Zusammenhang mit dem Schengen-Visum verpflichtet die „Gemeinsame Konsularische Instruktion“ die diplomatischen und konsularischen Vertretungen zur Zusammenarbeit vor Ort, insbesondere mittels Informationsaustausch. Diese Amtshilfe soll u.a. dazu dienen, zu verhindern, dass an mehreren Orten gleichzeitig oder nach einer kurz vorher erfolgten Ablehnung ein Antrag auf ein Schengen-Visum gestellt wird. Ausserdem wurde zur Unterstützung der diplomatischen und konsularischen Behörden bei der Missbrauchsbekämpfung ein Netz von Verbindungsbeamten für Einwanderungsfragen errichtet.<sup>92</sup>

Ferner nimmt Schengen II aber auch Bezug auf länger gültige Aufenthaltstitel (Art. 18 Schengen II): Visa für einen Aufenthalt von mehr als drei Monaten sind demnach von den einzelnen Staaten immer aufgrund ihrer nationalen Visaregeln auszustellen, doch können sie während der ersten drei Monate ihrer Gültigkeit anstelle eines „Schengen-Visums“ verwendet werden, sofern der Inhaber die Einreisebedingungen für den Schengen-Raum<sup>93</sup> erfüllt und der nationale Sichtvermerk unter Einhaltung der Voraussetzungen und Kriterien zur Erteilung des „Schengen-Visums“ (Art. 9 ff. Schengen II) vergeben wurde. Überdies berechtigt ein nationales Visum eines Schengen-Staates den Inhaber grundsätzlich zum Transit durch andere Schengen-Staaten, um in das Hoheitsgebiet jenes Staates zu gelangen, welcher das Visum ausgestellt hat.<sup>94</sup>

Bis anhin bildeten die Grenzen der Schweiz zu all ihren Nachbarstaaten – mit Ausnahme Liechtensteins – „Schengen-Aussengrenzen“. Ein Visum für die Schweiz ermächtigt den Inhaber somit nicht zur Einreise in den Schengen-Raum. Umgekehrt müssen Inhaber eines Schengen-Visums, welche in die Schweiz einreisen wollen,

---

<sup>91</sup> Wie Fingerabdrücke oder eine biometrische Gesichtserkennung. Uneinigkeit besteht zum heutigen Zeitpunkt v.a. noch darüber, ob die biometrischen Daten auf einem Chip gespeichert werden sollen, welcher Bestandteil des Visums ist oder ob eine zusätzliche Karte mit den Daten ausgestellt werden soll. S. Schlussfolgerungen des Rates Justiz und Inneres über biometrische Daten, Rat der Europäischen Union, Mitteilung an die Presse 6228/05 (Presse 28) vom 24.2.2005 [online im www] <[http://ue.eu.int/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/de/jha/83982.pdf](http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/de/jha/83982.pdf)>, 14.

<sup>92</sup> Durch die Verordnung (EG) Nr. 377/2004 des Rates vom 19. Februar 2004 zur Schaffung eines Netzes von Verbindungsbeamten für Einwanderungsfragen, ABl. L 64 vom 2.3.2004, 1 ff.

<sup>93</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. a, c-e Schengen II. Hierzu oben D.I.2.

<sup>94</sup> S. Gemeinsames Handbuch, ABl. C 313 vom 16.12.2002, 102.

grundsätzlich<sup>95</sup> zusätzlich ein Visum für die Schweiz beantragen. Diese grundsätzliche gegenseitige Nicht-Anerkennung der Visa führte immer wieder zu der Konstellation, dass visumpflichtige Europa-Touristen die Schweiz nicht besucht haben, um nebst dem Schengen-Visum nicht noch ein Visum für die Schweiz beantragen zu müssen. Die Übernahme des Schengen-Visums durch die Schweiz dürfte sich daher insbesondere positiv auf den Schweizer Tourismussektor auswirken.<sup>96</sup>

Da die Modalitäten zur Erlangung und Ausgestaltung des Schengen-Visums im Einzelnen weitgehend mit den auch im Schweizer Recht bekannten Modalitäten übereinstimmen<sup>97</sup>, entsteht der Schweiz durch die Übernahme des Schengen-Visums kein grosser Anpassungsbedarf. So wird das Schweizer Visum und sein Antragsformular durch das Schengen-Visum und dessen Antragsformular ersetzt werden<sup>98</sup>, und die Übernahme der schwarzen und weissen Liste wird zu einigen wenigen Modifikationen bezüglich der Drittstaaten, deren Angehörige (k)einer Visumpflicht unterliegen, führen.<sup>99</sup> Zudem wird die Schweiz in die Amtshilfe zwischen den diplomatischen und konsularischen Behörden und damit in die gemeinsame europäische Missbrauchsbekämpfung im Bereich der Einwanderung eingebunden und – neben dem SIS – auch an das neu erstellte „Visa Information System“ (VIS)<sup>100</sup> angeschlossen werden.<sup>101</sup>

Bereits seit dem 10. Juli 2006 – und somit vor Abschluss der Schengen-Assoziierung – sind in der Schweiz lebende Ausländerinnen und Ausländer aufgrund einer entsprechenden

<sup>95</sup> Gewisse Ausnahmen von der Visumpflicht für Inhaber eines Schengen-Visums sind in Art. 4 Abs. 2 lit. d, e der bundesrätlichen Verordnung vom 14. Januar 1998 über Einreise und Anmeldung von Ausländerinnen und Ausländern (VEA, SR 142.211) vorgesehen. Ferner sind gemäss dieser Verordnung auch alle Inhaber einer dauerhaften Aufenthaltsbewilligung eines Mitgliedstaates der EU und der EFTA von der Visumpflicht für die Schweiz befreit (Art. 4 Abs. 2 lit. c VEA).

<sup>96</sup> Vgl. Botschaft Bilaterale II, BBl. 2004, 5965 (6012).

<sup>97</sup> *Vicente*, in: *Accords bilatéraux II Suisse – UE* (Fn. 80), 309 (321).

<sup>98</sup> Botschaft Bilaterale II, BBl. 2004, 5965 (5766 f.).

<sup>99</sup> So wird etwa Südafrika neu der Visumpflicht unterstellt und Bolivien neu davon entbunden werden. S. im Einzelnen die Auflistung der Änderungen bei *Vicente*, in: *Accords bilatéraux II Suisse – UE* (Fn. 80), 309 (326).

<sup>100</sup> Eingeführt durch den Beschluss des Rates 2004/512 vom 8. Juni 2004, ABl. L 213 vom 15.6.2004, 5 ff. Dieses parallel zum SIS bestehende Informationsaustauschsystem wird Ende 2006 sukzessive in Betrieb genommen werden. Botschaft Bilaterale II, BBl. 2004, 5965 (6078).

<sup>101</sup> Durch den Anschluss an die europäischen Informationsaustauschsysteme wird die Wirkungsweise des Schweizerischen Visasystems EVA, welches Teil des Ausländerregisters ist, deutlich verbessert werden können. Vgl. *Vicente*, in: *Accords bilatéraux II Suisse – UE* (Fn. 80), 309 (327).

Entscheidung der EU<sup>102</sup> von der Transitvisumspflicht<sup>103</sup> für die Durchreise mit einer Dauer von maximal fünf Tagen<sup>104</sup> durch den Schengen-Raum befreit.

### III. Polizeiliche Zusammenarbeit

Auch eine Verstärkung der polizeilichen Zusammenarbeit wurde im Rahmen des Schengen-Prozesses als „Ausgleichsmassnahme“ für den Wegfall der Grenzkontrollen und damit die effektive Verwirklichung der Freiheit des Personenverkehrs in einem Rahmen der Sicherheit und des Rechts angesehen. Im Zuge der Entwicklung finden nunmehr weite Teile der polizeilichen Zusammenarbeit ihre Grundlage im EU-Recht, wenn auch grösstenteils als „überführt“ Schengen-Besitzstand.<sup>105</sup>

Daneben und komplementär zur polizeilichen Zusammenarbeit enthält Schengen II Bestimmungen über die internationale Zusammenarbeit der Justiz- und Verwaltungsbehörden der „Schengen-Staaten“. Während die Zusammenarbeit der Justiz- und Verwaltungsbehörden und insbesondere die Rechtshilfe in Strafsachen Gegenstand des nächsten Abschnitts (IV.) sind, soll im Folgenden auf die polizeiliche Zusammenarbeit eingegangen werden.

Da die polizeilichen Ausgleichsmassnahmen gemäss Schengen II im Zusammenhang mit weiteren Formen der internationalen (und europäischen) Polizeizusammenarbeit zu betrachten sind<sup>106</sup>, soll zuerst einen kurzer Überblick über die bestehenden Formen der Polizeizusammenarbeit in Europa gewonnen werden (1.), bevor auf die einzelnen Massnahmen des Schengener Rechts eingegangen wird (2.).

#### 1. Die europäische Polizeizusammenarbeit im Überblick

Im Rahmen der europäischen Polizeizusammenarbeit sind verschiedene Handlungsformen zu unterscheiden. Die Wichtigsten sind in Art. 30 Abs. 1 EUV beispielhaft<sup>107</sup> aufgezählt. Neben dem klassischen Inhalt polizeilicher Kooperation,

---

<sup>102</sup> Entscheidung Nr. 896/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 zur Einführung einer vereinfachten Regelung für die Personenkontrollen an den Aussengrenzen, die darauf beruht, dass die Mitgliedstaaten bestimmte von der Schweiz und von Liechtenstein ausgestellte Aufenthaltserlaubnisse für die Zwecke der Durchreise durch ihr Hoheitsgebiet einseitig anerkennen; ABl. L 167 vom 20.6.2006, 8 ff.

<sup>103</sup> Nicht aber von der Visumspflicht zu anderen Zwecken, wie etwa einer Reise.

<sup>104</sup> Art. 3 Entscheidung Nr. 896/2006/EG (Fn. 102).

<sup>105</sup> Zur Entwicklung oben B.I., II.

<sup>106</sup> Vgl. *Stephan Breitenmoser/Michael Drück*, Die polizeiliche Zusammenarbeit im Rahmen von Schengen, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), *Accords bilatéraux II Suisse- EU et autres Accords récents / Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU und andere neue Abkommen*, 2006, 357 (360).

<sup>107</sup> *Winfried Brechmann*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2. Aufl., 2002, Art. 30 EUV, Rn. 1.



dem Informationsaustausch (Art. 30 Abs. 1 lit. b) EUV), sind hier auch weitergehende Formen der Kooperation, wie insbesondere die operative Zusammenarbeit im Rahmen konkreter Ermittlungen oder zum Zwecke der Prävention (Art. 30 Abs. 1 lit. a) EUV) oder auch die gemeinsame Aus- und Weiterbildung von Beamten sowie der Austausch von Verbindungsbeamten (Art. 30 Abs. 1 lit. c) EUV) vorgesehen. Alle diese Formen der polizeilichen Zusammenarbeit weisen in Europa eine lange Tradition auf.<sup>108</sup>

Die operative Zusammenarbeit zwischen Polizeibehörden ist dabei allgemein vor allem<sup>109</sup> seit dem Benelux-Vertrag von 1962 über Auslieferung und Rechtshilfe<sup>110</sup> bekannt. Die hier kodifizierten Formen der Ausübung hoheitlicher Tätigkeit auf fremdem Staatsgebiet, vor allem die grenzüberschreitende Observation und Nacheile<sup>111</sup>, bildeten einen Meilenstein in der Entwicklung der europäischen Polizeizusammenarbeit. Sie haben in der Folge Eingang gefunden in den diesbezüglichen Schengen-Besitzstand. Heute stellt Schengen II, neben den bilateralen Polizeiverträgen, die seine Durchführung regeln und es zum Teil ergänzen, die wichtigste Rechtsgrundlage für die operative Zusammenarbeit zwischen Polizeibehörden in Europa dar.

Eine zentrale Rolle bei der polizeilichen Zusammenarbeit in Europa spielen überdies die gemeinsamen polizeilichen Institutionen „Internationale Kriminalpolizeiliche Organisation“ (Interpol) und „Europäisches Polizeiamt“ (Europol)<sup>112</sup>. Interpol wurde bereits im Jahre 1923 gegründet. Europol hat seine Arbeit am 1. Juli 1999 aufgenommen.

<sup>108</sup> Vgl. *Georg Kämper*, Polizeiliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union, 2001, 19.

<sup>109</sup> Weiter ist auf das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen (EUeR) von 1959 hinzuweisen: Dessen Art. 4 sieht vor, dass beteiligte Behörden des ersuchenden Staates, also auch Polizeibehörden, bei der Erledigung eines Rechtshilfeersuchens im ersuchten Staat dabei sein dürfen. Damit enthält bereits dieses Übereinkommen eine weitergehende Form der polizeilichen Zusammenarbeit, wenn auch noch nicht von eigentlicher operativer Zusammenarbeit die Rede sein kann.

<sup>110</sup> Benelux-Übereinkommen über Auslieferung und Rechtshilfe in Strafsachen vom 27. Juni 1962 in der Fassung des Protokolls vom 11. Mai 1974, s. insbesondere Art. 26-28.

<sup>111</sup> Vgl. *Cyrille Fijnaut*, Police co-operation and the area of freedom, security and justice, in: Neil Walker (Hrsg.), *Europe's area of freedom, security and justice*, 2004, 241 (248).

<sup>112</sup> Europäisches Polizeiamt, errichtet durch das Übereinkommen aufgrund von Art. K. 3 des Vertrags über die Europäische Union über die Errichtung eines europäischen Polizeiamts (Europol-Übereinkommen), ABl. C 316 vom 27.11.1995, 2 ff., geändert durch den Rechtsakt des Rates vom 28. November 2002 zur Erstellung eines Protokolls zur Änderung des Übereinkommens über die Errichtung eines Europäischen Polizeiamts (Europol-Übereinkommen), und des Protokolls über die Vorrechte und Immunitäten für Europol, die Mitglieder der Organe, die stellvertretenden Direktoren und die Bediensteten von Europol, ABl. C 312 vom 16.12.2002, 1 ff. Ausführlich zu Europol etwa *Thomas Bernhard Petri*, Europol, 2001.

Während die Kooperationsplattform<sup>113</sup> Interpol in erster Linie eine Polizei-Datenbank unterhält und somit dem Informationsaustausch dient, kommen dem ursprünglich als „Datenverarbeitungszentrale“<sup>114</sup> betitelten Europäischen Polizeiamt in seinem Tätigkeitsbereich – der Bekämpfung der organisierten Kriminalität und des internationalen Drogenhandels – auch operative Befugnisse zu.<sup>115</sup> So ist das Amt grundsätzlich befugt, insbesondere im Rahmen gemeinsamer Ermittlungsteams<sup>116</sup>, an Ermittlungen der Mitgliedstaaten teilzunehmen (lit. a). Überdies kann Europol die Polizeibehörden der Mitgliedstaaten in speziellen Fällen ersuchen, Ermittlungen vorzunehmen und zu koordinieren (lit. b), wobei diese nicht verpflichtet sind, ein Ermittlungsverfahren einzuleiten.<sup>117</sup> Zusammenfassend kann das Amt Ermittlungen anregen und daran (unterstützend) teilnehmen, eigene Ermittlungsbefugnisse besitzt es jedoch nicht.<sup>118</sup>

## 2. *Die Schengener Polizeizusammenarbeit*

Die Schengener Polizeizusammenarbeit ist zum einen in den Art. 39-47 Schengen II verankert, die sich insbesondere mit operativen Zusammenarbeitsformen befassen (a) und zum anderen in den Art. 92 ff. (Titel IV) Schengen II bzw. in den Bestimmungen über das Schengener Informationssystem (SIS), welches dem gegenseitigen Informationsaustausch und -zugang dient (b).

### a) *Zu den Art. 39-47 Schengen II*

Art. 39 Abs. 1 Schengen II verpflichtet die Vertragsparteien dazu, dafür zu sorgen, dass ihre Polizeidienste die Polizeien der anderen Vertragsparteien auf deren Ersuchen<sup>119</sup> unterstützen, und zwar sowohl zum Zwecke der Prävention als auch im Rahmen konkreter Ermittlungen.

<sup>113</sup> Vgl. Botschaft Bilaterale II, BBl. 2004, 5965 (6080).

<sup>114</sup> Petri, Europol (Fn. 112), 23. Europol war ursprünglich nur zur Koordinierung des Datenaustauschs und zur Datenanalyse befugt.

<sup>115</sup> Mit dem Amsterdamer Vertrag wurde dem Rat in Art. 30 Abs. 2 EUV die Kompetenz eingeräumt, operative Befugnisse für Europol vorzusehen.

<sup>116</sup> Vgl. E. 9 Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über gemeinsame Ermittlungsgruppen, ABl. L 162 vom 20.6.2002, 1. Bei Inkrafttreten des EURhÜ (zu diesem noch unten IV.1.) wird der Rahmenbeschluss ausser Kraft treten und durch Art. 13 EURhÜ ersetzt.

<sup>117</sup> So jedenfalls die Empfehlung des Rates an die Mitgliedstaaten betreffend Ersuchen durch Europol um Einleitung von strafrechtlichen Ermittlungen in spezifischen Fällen, ABl. C 289 vom 12.10.2000, 8.

<sup>118</sup> Vgl. hierzu auch Art. III-276 Abs. 3 Vertrag über eine Verfassung für Europa, der präzisiert, dass die Vornahme von operativen Massnahmen in den Mitgliedstaaten durch Europol-Beamte nur in Absprache mit den Behörden vor Ort erfolgen darf, und vor allem, dass die Europol-Beamten zu keinerlei Zwangsmassnahmen befugt sind, sondern diese den nationalen Beamten vorbehalten bleiben.

<sup>119</sup> Die Ersuchen haben dabei grundsätzlich über von den Vertragsparteien bezeichnete zentrale Stellen zu erfolgen. In Ausnahmefällen, insbesondere bei zeitlicher Dringlichkeit, können auch direkte Ersuchen gestellt werden, über die die zentralen Stellen jedoch unverzüglich informiert werden müssen (Art. 39 Abs. 3 Schengen II).

Die gegenseitige Unterstützung umfasst dabei neben dem Informationsaustausch<sup>120</sup> vor allem folgende operative Formen der Polizeizusammenarbeit:

- Art. 40 Schengen II ermächtigt die Polizeibehörden der Schengen-Staaten im Zusammenhang mit auslieferungsfähigen Delikten<sup>121</sup> zur grenzüberschreitenden Observation.<sup>122</sup> Überquert eine überwachte Person eine Schengen-Binnengrenze, kann die Polizei ihre Observation auf dem fremden Staatsgebiet fortsetzen. Dies ist jedoch grundsätzlich nur unter der Voraussetzung zulässig, dass einem zuvor oder nachträglich<sup>123</sup> gestellten Rechtshilfeersuchen ausdrücklich zugestimmt wurde (Art. 40 Abs. 1 Schengen II).
- Art. 41 Schengen II sieht die grenzüberschreitende Nacheile vor.<sup>124</sup> Damit kann die polizeiliche Verfolgung einer Person, die bei der Begehung oder der Teilnahme an einer Tat gestellt wurde oder die aus der Haft entflohen ist, über die Schengen-Grenze hinaus fortgesetzt werden. Eine Nacheile ist nur im Zusammenhang mit bestimmten Delikten zulässig, die ein Schengen-Staat gegenüber den an ihn angrenzenden Vertragsstaaten mittels Erklärung gemäss Art. 41 Abs. 9 festlegt. Dabei kann er entweder von einem vorgegebenen Straftatenkatalog ausgehen (Art. 41 Abs. 4 lit. a.; Art. 41 Abs. 5 lit. a) oder aber bestimmen, dass die Nacheile, wie die Observation, für alle nach seinem Recht

<sup>120</sup> Schengen II sieht im Rahmen der polizeilichen Zusammenarbeit sowohl den Informationsaustausch auf Anfrage (vgl. Art. 39) als auch den spontanen Informationsaustausch (vgl. Art. 46 Abs. 1) vor.

<sup>121</sup> Die Auslieferungsfähigkeit eines Delikts bestimmt sich nach dem Recht der beteiligten Staaten, wobei natürlich v.a. der ersuchende Staat dieses Erfordernis prüfen wird. Massgebend ist in diesem Zusammenhang auch das Europäische Auslieferungübereinkommen, SR 0.353.1. Vgl. Botschaft Bilaterale II, BBl. 2004, 5965 (6087).

<sup>122</sup> Ausführlich hierzu *Karl Würz*, Das Schengener Durchführungsübereinkommen, Einführung – Erläuterungen – Vorschriften, 1997, 84 ff.; s. auch *Breitenmoser/Drück*, in: Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU (Fn. 106), 357 (374ff.); *Ruth Wehner*, Die polizeiliche Zusammenarbeit zwischen den Schengen Staaten unter besonderer Berücksichtigung des SIS, in: Alberto Achermann/ Roland Bieber/ Astrid Epiney/ Ruth Wehner (Hrsg.), Schengen und die Folgen, Der Abbau der Grenzkontrollen in Europa, 1995, 129 (158 ff.).

<sup>123</sup> Bei zeitlicher Dringlichkeit ist es den Beamten i.S. von Art. 40 Abs. 4 Schengen II erlaubt, die Grenzen ohne vorgängige Zustimmung zu überschreiten, sofern eine der in Art. 40 Abs. 7 Schengen II bezeichneten Straftaten vorliegt (Art. 40 Abs. 2 Schengen II). Der Vertragspartei, auf deren Hoheitsgebiet sich die ausländischen Polizeikräfte begeben, muss hierüber aber sofort Meldung erstattet werden und ein Rechtshilfeersuchen muss unverzüglich nachgeliefert werden, aus dem u.a. ersichtlich ist, wieso nicht um vorgängige Zustimmung ersucht werden konnte. Wenn die ersuchte Vertragspartei nicht innerhalb von fünf Stunden nach Grenzübertritt dem Ersuchen zustimmt, gilt dies als Verweigerung und die Beamten müssen sich zurück in ihr Land begeben (s. Art. 40 Abs. 2 Uabs. 2).

<sup>124</sup> Ausführlich hierzu *Würz*, Schengener Durchführungsübereinkommen (Fn. 122), 68 ff.; s. auch *Breitenmoser/Drück*, in: Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU (Fn. 106), 357 (377 f.); *Wehner*, in: Schengen und die Folgen (Fn. 122), 129 (158 ff.).

auslieferungsfähigen Staaten möglich sein soll (Art. 41 Abs. 4 lit. b i.V.m. Art. 41 Abs. 9). Die zuständigen Behörden der Vertragspartei, auf deren Gebiet die Verfolgung fortgesetzt wird, müssen spätestens bei Grenzübertritt der nacheilenden Beamten über die Nachteile in Kenntnis gesetzt werden. Daraufhin können sie die Nachteile zulassen oder ohne Angabe von Gründen deren Einstellung verlangen (Art. 41 Abs. 1).

Sowohl die Observation als auch die Nachteile gestatten es den Polizeibehörden, auf fremdem Territorium polizeilich und somit hoheitlich tätig zu werden. Um diesem Umstand Rechnung zu tragen, unterwirft sie Schengen II gewissen Regeln. So sind die ausländischen Beamten an das Recht des Staates gebunden, den sie betreten und haben Anordnungen der örtlich zuständigen Behörden zu befolgen (Art. 40 Abs. 3 lit. a; Art. 41 Abs. 5 lit. a). Sie müssen jederzeit ihre amtliche Funktion nachweisen können (Art. 40 Abs. 3 lit. c; Art. 41 Abs. 5 lit. d) und dürfen (nur) zwecks Notwehr eine Dienstwaffe mit sich führen (Art. 40 Abs. 3 lit. d; Art. 41 Abs. 5 lit. e). Bei der Nachteile ist es den ausländischen Beamten im Unterschied zur Observation nicht gestattet, in Zivilkleidung und in Zivilfahrzeugen die Grenze zu überqueren, sondern die Beamten müssen durch Uniform oder Armbinde und ihre Fahrzeuge durch Zusatzeinrichtungen gekennzeichnet sein (Art. 41 Abs. 5 lit. d). Ferner sind sie den Behörden vor Ort über jede ihrer Operationen berichtspflichtig (Art. 40 Abs. 3 lit. g; Art. 41 Abs. 5 lit. g) und müssen diese auf Ersuchen bei allfälligen nachträglichen Ermittlungen oder in Gerichtsverfahren, die mit der Observation oder der Nachteile zusammenhängen, unterstützen (Art. 40 Abs. 3 lit. h; Art. 41 Abs. 5 lit. g).<sup>125</sup>

Das Schengener Recht schliesst die Durchführung von Zwangsmassnahmen explizit von der polizeilichen Zusammenarbeit aus; vielmehr sind die Vertragsparteien hierbei auf den Rechtshilfeweg verwiesen (Art. 39 Abs. 1). Entsprechend sind den ausländischen Beamten sowohl im Rahmen der Observation als auch im Rahmen der Nachteile Operationen, die das Betreten von Wohnungen und öffentlich nicht zugänglichen Grundstücken einschliessen, untersagt (Art. 40 Abs. 3 lit. e; Art. 41 Abs. 5 lit. c). Differenzierter ist die Regelung jedoch bezüglich des Festhalterechts: Während es observierenden Beamten absolut untersagt ist, Personen anzuhalten oder festzunehmen (Art. 40 Abs. 3 lit. f), gilt dieses Verbot bei der Nachteile nur im Grundsatz (Art. 41 Abs. 2 lit. a). So sind für die Festhaltung zwecks Feststellung der Identität und Vernehmung grundsätzlich die örtlichen Behörden zuständig, die aufgrund eines

---

<sup>125</sup> Praktisch relevant für die Observation und Nachteile ist auch die Verpflichtung der Vertragsparteien, die Kooperation mit den an sie angrenzenden Vertragsstaaten massgeblich zu erleichtern, indem sie die Kommunikationsmöglichkeiten erleichtern, z.B. direkte Telekommunikationsverbindungen schaffen (Art. 44). Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass sich die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Polizisten bei der Ausübung der grenzüberschreitenden Observation und Nachteile nach dem Recht der Vertragspartei richtet, auf deren Hoheitsgebiet die Massnahme durchgeführt wurde (Art. 42). Die Haftung für allfällige Schäden, die die Beamten verursachen, wird vom Heimatstaat getragen. Kommen Personen zu Schaden, bezahlt die

Ergreifungsersuchens gemäss Art. 41 Abs. 1 tätig werden.<sup>126</sup> Können die örtlichen Behörden jedoch nicht rechtzeitig beigezogen werden, ist es den nacheilenden Beamten ausnahmsweise gestattet, die verfolgte Person vorübergehend festzuhalten (Art. 41 Abs. 2 lit. b), wobei ihr Handschellen angelegt und von ihr mitgeführte Gegenstände beschlagnahmt werden dürfen. Zudem ist eine Sicherheitsuntersuchung der Person im Hinblick auf die Vorführung vor die örtlichen Behörden möglich (Art. 41 Abs. 5 lit. f). Dieses ausnahmsweise Festhalterecht besteht aber nicht in allen Vertragsstaaten. Vielmehr können die Vertragsstaaten in ihrer Erklärung gemäss Art. 41 Abs. 9 Schengen II bestimmen, ob sie es auf ihrem Territorium zulassen oder nicht.<sup>127</sup>

- Art. 47 Schengen II sieht vor, dass die Vertragsstaaten Verbindungsbeamte zu den Polizeidienststellen der anderen Vertragsstaaten entsenden können, welche den Informationsaustausch zwischen den Polizeidienststellen, den grenzüberwachenden Behörden sowie die Rechtshilfe in Strafsachen unterstützen (Abs. 2), wobei ihnen die Vornahme hoheitlicher Handlungen untersagt ist (Abs. 3). Auch können die Vertragsstaaten bi- oder multilateral vereinbaren, gemeinsam Verbindungsbeamte in Drittstaaten zu entsenden (Abs. 4).<sup>128</sup>

Neben den vorgesehenen Formen der Zusammenarbeit<sup>129</sup> gestattet das Schengener Recht aneinander angrenzenden Vertragsparteien, auf dem „Bilateralen Weg“ über Schengen II hinausreichende Formen der Polizei-Zusammenarbeit zu vereinbaren (Art. 39 Abs. 4, 5 Schengen II).<sup>130</sup>

#### b) Zum Schengener Informationssystem (SIS)

---

Vertragspartei, auf deren Hoheitsgebiet die Massnahme stattgefunden hat, den Schadenersatz, wobei der Heimatstaat der Beamten zur Regresszahlung verpflichtet ist (Art. 43).

<sup>126</sup> Handelt es sich bei dem Festgenommenen um einen Nicht-Staatsangehörigen, muss dieser, vorbehaltlich eines Auslieferungersuchens, spätestens sechs Stunden nach seiner Ergreifung wieder freigelassen werden (Art. 41 Abs. 6).

<sup>127</sup> Vgl. *Breitenmoser/Drück*, in: *Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU* (Fn. 106), 357 (378).

<sup>128</sup> Ausserdem sind im Rahmen der Schengener Polizeizusammenarbeit zwei weitere, sachbezogene Massnahmen vorgesehen, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann: die kontrollierte Lieferung von Betäubungsmitteln (vgl. Art. 70-73 Schengen II) sowie die Regelung über die Beherbergungsstätten (Art. 45 Schengen II). Hierzu *Breitenmoser/Drück*, in: *Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU* (Fn. 106), 357 (379 f.).

<sup>129</sup> Die in der Schweiz zu keinem nennenswerten rechtlichen Anpassungsbedarf führen werden. *Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Robert Mosters*, Die Kantone zwischen EU-Beitritt und „Bilateralem Weg“, in: *Konferenz der Kantonsregierungen* (Hrsg.), *Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg: Überlegungen und Reformbedarf aus kantonaler Sicht*, 77 (154 ff).

<sup>130</sup> So ist es den Schengen-Staaten unbenommen, im Rahmen bilateraler Polizeiverträge mit den Nachbarstaaten weitere Formen der Zusammenarbeit zu vereinbaren (vgl. Art. 39 Abs. 5 Schengen II). Dabei ist z.B. an die Entsendung von verdeckten Ermittlern zu denken, vgl. *Botschaft Bilaterale II*, BBl. 2004, 5965

Das sog. Schengener Informationssystem (SIS, Art. 92 ff. Schengen II) ist eine umfassende Datenbank zum Zwecke der Personen- und Sachfahndung, die von den Schengen-Staaten gemeinsame unterhalten wird. Entsprechend seiner Zielsetzung enthält das SIS sowohl personenbezogene Daten als auch Angaben über gesuchte Gegenstände.<sup>131</sup>

Neben den Grenzkontrollbeamten an den Schengen-Aussengrenzen (Art. 101 Schengen II) haben auch weitere, für zollrechtliche und polizeiliche Überprüfungen im Inland zuständige Behörden Zugriff auf das SIS, so insbesondere alle Polizeidienststellen in den Schengen-Staaten sowie Behörden, die mit der Erteilung von Visa betraut sind.<sup>132</sup> Letztere haben jedoch keinen Zugriff auf alle SIS-Daten, sondern nur auf die Daten, welche die Ausschreibung zur Einreiseverweigerung von Drittausländern (Art. 96 Schengen II)<sup>133</sup> betreffen (Art. 101 Abs. 2 Schengen II).<sup>134</sup>

Die Datenkategorien des SIS sind in den Art. 95-100 Schengen II abschliessend festgelegt.<sup>135</sup>

- Ausschreibung einer Person zur Festnahme mit dem Ziel ihrer Auslieferung (Art. 95 Schengen II);
- Ausschreibung zur Einreiseverweigerung von Drittausländern (Art. 96 Schengen II);

---

(6094). Vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 14 EURhÜ, der sich jedoch nicht auf den Schengen-Acquis auswirkt.

<sup>131</sup> Vgl. zum Schengener Informationssystem und zum Folgenden etwa *Famira*, Der freie Personenverkehr (Fn. 4), 66 ff.; *Susanne Scheller*, Das Schengener Informationssystem – Rechtshilfe „per Computer“, JZ 1992, 904 ff.; *Waldemar Schreckenberger*, Von den Schengener Abkommen zu einer gemeinsamen Innen- und Justizpolitik, VerwArch 1997, 389 (404 ff.); *Angelika Schriever-Steinberg*, Das Schengener Informationssystem, DuD 2000, 209 ff.; *José Martínez Soria*, Die polizeiliche Zusammenarbeit in Europa und der Rechtsschutz des Bürgers, VerwArch 1998, 400 (411 f.); *Thomas Wahl*, Datenschutz im Rahmen der polizeilichen Zusammenarbeit unter besonderer Berücksichtigung des SIS, in: Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf (Hrsg.), Datenschutz in Europa und die Schweiz, 2006, 92 ff.; *Wehner*, in: Schengen und die Folgen (Fn. 122), 129 ff.; *Würz*, Schengener Durchführungsübereinkommen (Fn. 122), 94 ff.

<sup>132</sup> Zu spezifischen Situationen *Nikolaos Lavranos*, Datenschutz in Europa – Am Beispiel der Datenschutzrichtlinien, des Schengen Informationssystems (SIS) und Europol, DuD 1996, 400 (403 f.).

<sup>133</sup> S. sogleich im Text.

<sup>134</sup> Vgl. hierzu auch *Wehner*, in: Schengen und die Folgen (Fn. 122), 138; *Eva Souhrada-Kirchmayer*, in: Astrid Epiney/Marianne Freiermuth (Hrsg.), Datenschutz in der Schweiz und in Europa – La protection des données en Suisse et en Europe, 1999, 54.

<sup>135</sup> Vgl. hierzu *Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Sarah Theuerkauf*, „Schengen“: Ein neuer Prüfstein für die Schweiz, plädoyer 2005, 38 (42). Vgl. zu den zentralen Kategorien und den Voraussetzungen für die Aufnahme im SIS im Einzelnen *Scheller*, JZ 1992 (Fn. 131), 906 ff.

- Ausschreibung von vermissten und vorläufig in Gewahrsam genommenen Personen (Art. 97 Schengen II);
- Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung von Zeugen oder Verdächtigen, denen eine Ladung zugestellt werden soll, oder von Verurteilten, die eine Haftstrafe antreten sollen (Art. 98 Schengen II);
- Ausschreibung zur verdeckten Registrierung oder gezielten Kontrolle von Personen und Fahrzeugen (Art. 99 Schengen II);
- Ausschreibung von Sachen zur Sicherstellung oder zur Beweissicherung (Art. 100 Schengen II).

Über Personen dürfen gemäss Art. 94 Abs. 3 Schengen II nur folgende Angaben ins SIS aufgenommen werden:

- Name und Vorname, ggf. Aliasname;
- besondere unveränderliche physische Merkmale<sup>136</sup>;
- der erste Buchstabe des zweiten Vornamens;
- Geburtsort und -datum;
- Geschlecht;
- Staatsangehörigkeit;
- der personenbezogene Hinweis „bewaffnet“;
- der personenbezogene Hinweis „gewalttätig“;
- der Ausschreibungsgrund;
- die zu ergreifende Massnahme.

Zum Schutz vor Missbrauch der personenbezogenen Daten und damit der Persönlichkeitsrechte der Einzelnen im Rahmen des SIS, legen die Art. 102-118 Schengen II datenschutzrechtliche Grundsätze fest.<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> Dieser Begriff ist nicht eindeutig. Unter ihn fallen z.B. Daten über Rasse, Hautfarbe, digitale Fingerabdrücke oder digitalisierte DNA-Profile. Vgl. *Lavranos*, DuD 1996 (Fn. 132), 400 (404).

<sup>137</sup> Art. 126-130 Schengen II enthalten weiter Datenschutzregeln, die beim sonstigen, nicht im Rahmen des SIS erfolgenden, Datenaustausch und damit allgemein von den Polizeibehörden bei der Bearbeitung personenbezogener Daten zu beachten sind.

So hat der Einzelne insbesondere einen Auskunftsanspruch über die zu seiner Person gespeicherten Daten, wobei dann keine Auskunft erteilt werden muss, wenn dies den Zweck der Ausschreibung vereiteln würde (Art. 109 Schengen II). Zudem hat er Anspruch auf Berichtigung unrichtiger oder Löschung unrechtmässig gespeicherter Daten (Art. 110 Schengen II). Um diese und weitere Datenschutz-Rechte durchsetzen zu können, kann er im Hoheitsgebiet jedes Schengen-Staates Klage erheben und ggf. Schadenersatz fordern (Art. 111 Schengen II).<sup>138</sup>

Das SIS besteht aus einem nationalen Teil (National Schengen Information System, N-SIS, Art. 92 Schengen II), den jede Vertragspartei auf eigene Kosten (Art. 119 Abs. 2 Schengen II) einrichtet, und einem Zentralrechner in Strassburg (Central Schengen Information System, C-SIS), der auch als „technische Unterstützungseinheit“ bezeichnet wird.<sup>139</sup> Der Zentralrechner erhält von den N-SIS Informationen und übermittelt diese online an alle anderen N-SIS<sup>140</sup>, wodurch ein inhaltlich identischer Datenbestand für alle angeschlossenen Staaten gewährleistet werden soll (Art. 92 Abs. 3 Schengen II). Das SIS führt mit anderen Worten die Personen- und Sachfahndungsdaten der angeschlossenen Staaten zusammen. Die derzeit rund 11 Millionen Datensätze können in allen Schengen-Staaten aktiviert werden<sup>141</sup>, wobei das SIS nach einem Hit/No-Hit-System<sup>142</sup> funktioniert.

Da im SIS ausschliesslich Basisinformationen gespeichert sind, wird es durch ein System ergänzt, durch welches auch über die im SIS abrufbaren Daten hinausgehende Informationen weitergegeben werden können. Dieses System hiess ursprünglich SIRENE<sup>143</sup>. Die Aufgaben der SIRENE-Büros umfassten insbesondere Konsultationen im Vorfeld der Erstellung von Ausschreibungen, den – über das SIS hinausgehenden – Informationsaustausch, die Überwachung von Mehrfachausschreibungen sowie die Erstellung von Rangfolgen.<sup>144</sup> Da die Schengen-Staaten den Vertrag über das SIRENE-

---

<sup>138</sup> Ausführlich zum Datenschutz im Zusammenhang mit dem SIS *Wahl*, in: *Datenschutz in Europa* (Fn. 131), 79 (92 ff.).

<sup>139</sup> Zur Struktur *Wehner*, in: *Schengen und die Folgen* (Fn. 122), 129 (133 ff.). Die technische Unterstützungseinheit wird von den Schengen-Staaten gemeinsam finanziert, vgl. *Taschner*, *Schengen* (Fn. 4), 43.

<sup>140</sup> S. auch *Breitenmoser/Drück*, in: *Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU* (Fn. 106), 357 (372).

<sup>141</sup> Eine Einschränkung gilt für die gekennzeichneten Daten, worauf hier nicht eingegangen werden kann.

<sup>142</sup> Vgl. *Oberleitner*, *Schengen und Europol* (Fn. 4), 77; *Epiney/Meier/Theuerkauf*, *plädoyer* 2005 (Fn. 135), 38 (42).

<sup>143</sup> Supplementary information request at the national entry.

<sup>144</sup> *Souhrada-Kirchmayer*, in: *Datenschutz in der Schweiz und in Europa* (Fn. 134), 59. S. im Einzelnen das „SIRENE-Handbuch“; ABl. C 38 vom 17.02.2003, 1.



Netz 1999 nicht verlängerten, bestand es nur noch bis zum 23.8.2001.<sup>145</sup> Es wurde jedoch durch das System SISNET ersetzt<sup>146</sup>, welches langfristig in ein „europäisches Informationssystem“ umgewandelt werden soll.<sup>147</sup>

Derzeit werden SIS und SISNET von insgesamt 15 Staaten eingesetzt, darunter 13 EU-Mitgliedstaaten sowie die Nicht-EU-Mitgliedstaaten Norwegen und Island. Grossbritannien und Irland sind nicht an das System angeschlossen, sollen aber noch angeschlossen werden.<sup>148</sup> Bezüglich der neuen Mitgliedstaaten ist geplant, dass diese bis 2007 in das System eingebunden werden. Entstehen wird so ein Fahndungsraum mit 27 Mitgliedstaaten und rund 450 Millionen Einwohnern.<sup>149</sup>

Da an das bestehende SIS nicht mehr als 18 Staaten angeschlossen werden können und es auch abgesehen davon technisch veraltet ist,<sup>150</sup> wird es voraussichtlich bis Mitte 2007 durch eine zweite Generation, das sog. SIS II, ersetzt werden<sup>151</sup>, an das auch die Schweiz angeschlossen werden wird.<sup>152</sup>

Die Fandung gestützt auf das SIS ist sehr schnell und effektiv, etwa insbesondere im Vergleich zur Interpol-Fandung, dies vor allem aufgrund der internationalen Standards der Ausschreibungen.<sup>153</sup> Dieser Umstand hat bezüglich der Polizei-Zusammenarbeit dazu geführt, dass das SIS die Interpol-Fandung innerhalb des Schengener Raums teilweise

<sup>145</sup> Vgl. E. 375, Beschluss 1999/870/EG des Rates v. 17.12.1999 zur Ermächtigung des Stellvertretenden Generalsekretärs des Rates der Europäischen Union, beim Abschluss von Verträgen über die Einrichtung und den Betrieb der Kommunikationsinfrastruktur für den Schengen-Rahmen („SISNET“) als Vertreter bestimmter Mitgliedstaaten zu handeln und solche Verträge zu verwalten, ABl. L 337 vom 30.12.1999, 41.

<sup>146</sup> Vgl. *Winfried Brechmann*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl., 2002, Art. 30 EUV, Rn. 10.

<sup>147</sup> Vgl. *Famira*, Der freie Personenverkehr in Europa (Fn. 4), 66 ff.; *Scheller*, JZ 1992 (Fn. 131), 68 f.

<sup>148</sup> Vgl. Integrationsbüro EDA/EVD, Faktenblatt Schengen/Dublin, Schengen Informationssystem (SIS) vom April 2005 [online im www] < <http://www.europa.admin.ch/nbv/referendum/debat/br/d/sis.pdf> >, 2.

<sup>149</sup> *Epiney/Meier/Theuerkauf*, plädoyer 2005 (Fn. 135), 38 (43).

<sup>150</sup> Vgl. Rz. 2 des Beschlusses 2001/886/JI des Rates vom 6.12.2001 über die Entwicklung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II), ABl. L 328 vom 13.12.2001, 1; Rz. 2 der VO (EG) 2424/2001 des Rates vom 6.12.2001 über die Entwicklung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II), ABl. L 328 vom 13.12.2001, 4.

<sup>151</sup> Vgl. auch den Bericht der Kommission über die Entwicklung des SIS II, KOM (2001) 720 endg. sowie die Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über die Entwicklung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II) und mögliche Synergien mit einem künftigen Visa-Informationssystem (VIS), KOM (2003) 771 endg. Ausführlich zum geplanten SIS II, unter Einbezug der Unterschiede zum SIS I, *Wahl*, in: *Datenschutz in Europa* (Fn. 131), 79 (95 ff.).

<sup>152</sup> Vgl. Botschaft Bilaterale II, BBl. 2004, 5965 (6139).

<sup>153</sup> Botschaft Bilaterale II, BBl. 2004, 5965 (6093).

ersetzt hat.<sup>154</sup> Für die Schweizer Polizeibehörden dürfte daher die Einbindung in die schengenweite Fahndungszusammenarbeit äusserst positive Folgen haben.<sup>155</sup>

#### IV. Rechtshilfe in Strafsachen

Wie die Schengener Polizeizusammenarbeit bilden auch die Rechtshilfebestimmungen gemäss Schengen II nur einen Teilaspekt des weiten Feldes der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen in Europa. Daher wird im Folgenden zuerst ein kurzer Überblick über die wichtigsten Eckpunkte der europäischen justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen gegeben (1.), um anschliessend gesondert auf die Bestimmungen von Schengen II bezüglich der Rechtshilfe in Strafsachen einzugehen (2.). Abschliessend wird sodann die im Zuge der Verhandlungen über das Schengen-Abkommen heftig diskutierte Frage der Wahrung des schweizerischen Bankgeheimnisses behandelt (3.).

##### 1. *Rechtshilfe in Europa – ein Überblick*

Der Bereich der internationalen justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen weist eine "verwirrende Gemengelage"<sup>156</sup> relevanter Normen auf, wobei insbesondere das Rechtshilferecht von einer hohen Regelungsdichte geprägt ist. Diese ergibt sich aus dem Zusammenspiel zwischen nationalen Bestimmungen einerseits und völker- und europarechtlichen Rechtsgrundlagen andererseits. Denn während die Verpflichtungen zur Rechtshilfe jeweils auf zwischenstaatlicher Ebene eingegangen werden<sup>157</sup>, sind die Ermächtigungsgrundlagen für das Tätigwerden der einzelnen Behörden im nationalen Recht verankert. Hinzu kommt, dass der Bereich der Rechtshilfe i.w.S. inhaltlich weit gefächert ist und neben der Auslieferung und der Vollstreckungshilfe insbesondere die „kleine Rechtshilfe“<sup>158</sup> umfasst, welche der grenzüberschreitenden Erhebung und Sicherung von Beweisen dient.

---

<sup>154</sup> Botschaft Bilaterale II, BBl. 2004, 5965 (6068).

<sup>155</sup> Botschaft Bilaterale II, BBl. 2004, 5965 (6180).

<sup>156</sup> Klaus Schwaighofer/Stefan Ebensperger, Internationale Rechtshilfe in strafrechtlichen Angelegenheiten, 2001, 3.

<sup>157</sup> Aus einem nationalen Gesetz kann niemals eine Verpflichtung zur Leistung von Rechtshilfe abgeleitet werden. Vgl. Schwaighofer/Ebensperger, Internationale Rechtshilfe (Fn. 156), 2.

<sup>158</sup> Die „kleine Rechtshilfe“ umfasst, neben der Ermittlung und Sicherung von Beweisen mittels behördlicher Untersuchungshandlungen, die Übermittlung von Beweisen und weiteren Informationen, die Zustellung von Verfahrens- und Gerichtsurkunden sowie das Erscheinen von Zeugen und Sachverständigen. Vgl. Art. 3 ff. EUER. Zum schweizerischen Recht vgl. Art. 63 ff. Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG), SR 351.1. Die kleine Rechtshilfe wird auch als „akzessorische“ oder „andere“ Rechtshilfe bezeichnet. S. Bundesamt für Justiz, Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Die internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 8. Aufl. 1998, [online im www] <<http://www.rhf.admin.ch/themen/rechtshilfe/wegl-str-d.pdf>>, S. 3.

Völkerrechtlich sind auf dem Gebiet der Rechtshilfe in Strafsachen, neben zahlreichen bi- und multilateralen Übereinkommen, in erster Linie die Europarats-Übereinkommen von Bedeutung, wie z.B. das Vollstreckungs-<sup>159</sup> und Auslieferungsübereinkommen<sup>160</sup> sowie das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (EUEr)<sup>161</sup>. Letzteres ist im vorliegenden Kontext von besonderem Interesse, da es das eigentliche „Mutterübereinkommen“<sup>162</sup> der kleinen Rechtshilfe in Strafsachen<sup>163</sup> bildet und zugleich den Ausgangspunkt des Schengen-Besitzstandes im Bereich der Rechtshilfe: Denn die die Rechtshilfe betreffenden Art. 48-53 Schengen II basieren auf dem EUEr (s. auch Art. 48 Abs. 1 Schengen II), wobei sie dieses ergänzen und z.T. verbessern.<sup>164</sup> Das EUEr wird durch zwei Zusatzprotokolle<sup>165</sup> ergänzt. Alle EU-Mitgliedstaaten, ausser den Benelux-Staaten, für die spezifische Regelungen<sup>166</sup> gelten, haben das erste Protokoll ratifiziert, während das zweite Protokoll erst von wenigen Staaten unterzeichnet und ratifiziert wurde.

Die Schweiz hat sowohl das EUEr, welches für sie im Jahre 1967 in Kraft getreten ist, als auch das zweite Zusatzprotokoll zum EUEr, welches seit dem 1. Februar 2005 in Kraft ist, ratifiziert. Nicht ratifiziert hat sie hingegen das erste Zusatzprotokoll.

Die EU-Mitgliedstaaten sind neben den völkerrechtlichen Grundlagen im Bereich der Rechtshilfe auch nach Massgabe der sog. Dritten Säule an die in diesem Rahmen angenommenen Rechtsakte und Massnahmen gebunden.

Art. 31 EUV zielt darauf ab, die justizielle Zusammenarbeit innerhalb der EU zu erleichtern und zu beschleunigen (lit. a, b). Zugleich sollen die Unterschiede in den Justizsystemen der

<sup>159</sup> Europäisches Übereinkommen über die internationale Geltung von Strafurteilen vom 28. Mai 1970, ETS Nr. 70.

<sup>160</sup> Europäisches Auslieferungsübereinkommen vom 13.12.1957, ETS Nr. 24.

<sup>161</sup> ETS Nr. 30.

<sup>162</sup> Erläuternder Bericht zum EURhÜ; ABl. C 379 vom 29.12.2000, S. 9.

<sup>163</sup> S. *Martin Wasmeier*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Vertrag über die EU und Vertrag zur Gründung der EG. Kommentar, 6. Aufl., 2003, Art. 31 EUV, Rn. 7 f.

<sup>164</sup> Vgl. *Wasmeier*, in: EU/EG-Kommentar (Fn. 163), Art. 31 EUV, Rn. 9.

<sup>165</sup> Zusatzprotokoll vom 17. März 1978 zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, ETS Nr. 99, und zweites Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen, ETS Nr. 182.

<sup>166</sup> Regelungen des Abschnitts II des Übereinkommens über die Auslieferung und Rechtshilfe in Strafsachen vom 27. Juni 1962 in der Fassung des Protokolls vom 11. Mai 1974, auf welchem die Rechtshilfebestimmungen gemäss Schengen II nebst dem EUEr basieren. Dieses Übereinkommen interessiert im vorliegenden Kontext nicht weiter.

Mitgliedstaaten, die von den Straftätern potentiell ausgenutzt werden könnten<sup>167</sup>, ausgeglichen werden (lit. c-e). Materiell umfasst Art. 31 EUV dabei sowohl die Erleichterung der Auslieferung und Urteilsvollstreckung<sup>168</sup> als auch die Zusammenarbeit im Rahmen der „kleinen Rechtshilfe“.

Von besonderer Bedeutung ist in unserem Zusammenhang das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29. Mai 2000 (EURhÜ)<sup>169</sup>, das auf der Grundlage von Art. 34 Abs. 2 lit. d) EUV ausgearbeitet wurde. Das Abkommen entwickelt die bestehende solide Basis<sup>170</sup> der Rechtshilfe gemäss EUeR und Schengen II weiter und modernisiert sie.<sup>171</sup> Das EURhÜ soll damit die "Mutterkonvention" des Europarates nicht etwa ersetzen, sondern lediglich ergänzen und in ihrer Anwendung zwischen den Mitgliedstaaten erleichtern (Art. 1). Zum Übereinkommen erging am 16. Oktober 2001 ein Zusatzprotokoll<sup>172</sup>. Das EURhÜ ist am 23.8.2005<sup>173</sup>, nach erfolgter Ratifizierung durch den achten Mitgliedstaat gemäss Art. 27 Abs. 3 EURhÜ, für diese acht Mitgliedstaaten in Kraft getreten.<sup>174</sup> Für das Protokoll gilt dieselbe Regel, doch wurde es noch nicht durch insgesamt acht Staaten ratifiziert.

Für die Schweiz sind das EURhÜ und sein Protokoll insofern von Bedeutung, als sie zu einer Weiterentwicklung des "Schengen-Acquis" führen werden, wobei es auch zu einer Aufhebung einzelner Bestimmungen von Schengen II kommen wird.<sup>175</sup>

Materiell führen die Weiterentwicklungen der Rechtshilfe in Strafsachen zu einer Aufweichung oder vereinzelt gar zu einer Aufhebung der traditionellen Rechtshilfeprinzipien; letztlich geht es insbesondere in der EU um eine Überwindung

<sup>167</sup> Vgl. Ziff. 5 der Schlussfolgerungen des Europäischen Rats von Tampere vom 15. und 16. Oktober 1999.

<sup>168</sup> Auf diese Aspekte kann hier nicht vertieft eingegangen werden.

<sup>169</sup> ABl. C 197 vom 12.7.2000, 1 ff.

<sup>170</sup> Vgl. Erläuternder Bericht zum EURhÜ; ABl. C 379 vom 29.12.2000, 7.

<sup>171</sup> Erläuternder Bericht zum EURhÜ; ABl. C 379 vom 29.12.2000, 8.

<sup>172</sup> ABl. C 326 vom 21.11.2001, S. 1ff.

<sup>173</sup> S. [online im www] <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/de/lvb/l33108.htm>>.

<sup>174</sup> S. zu dieser Besonderheit des vorzeitigen Inkrafttretens und allgemein zur Ratifizierung des EURhÜ und seines Protokolls durch die einzelnen EU-Mitgliedstaaten *Fabrice Filliez*, Les sources du droit de l'UE en matière de protection des intérêts financiers, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), Accords bilatéraux II Suisse- EU et autres Accords récents / Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU und andere neue Abkommen, 2006, 621 (629 f.).

<sup>175</sup> *Astrid Epiney*, Rechtshilfe in Strafsachen in der EU, EuZW 2003, 421 (422). S. zu den einzelnen Änderungen insbesondere Art. 2 EURhÜ. Bezüglich der Aufhebung von Schengen II-Bestimmungen siehe Art. 2 Abs. 2 EURhÜ, Art. 8 Abs. 3 Protokoll EURhÜ. S. auch noch sogleich im Text.

der traditionellen Rechtshilfe und ihrer (letztlich den Umfang der Rechtshilfe häufig beschränkenden) Prinzipien. Diese sind in der Schweizer Rechtshilfepraxis noch stark verankert, was sich mit der Assoziierung an Schengen aber z.T. ändern wird, wobei insbesondere das sog. Ersuchensprinzip, die Ablehnungsgründe sowie das Prinzip der doppelten Strafbarkeit betroffen sind.

Ersuchensprinzip und Ablehnungsgründe: Rechtshilfehandlungen erfolgen grundsätzlich auf Ersuchen. Ein Staat („ersuchender Staat“) stellt einem anderen Staat („ersuchter Staat“) ein Rechtshilfeersuchen. Dieses kann auf die Vornahme von Ermittlungshandlungen („Beweiserhebungsersuchen“), die Zustellung von Gerichtsakten und Vorladungen („Zustellungsersuchen“) oder auf eine Auslieferung („Auslieferungsersuchen“) lauten. Die Ersuchen werden dabei traditionellerweise an eine Zentralbehörde, in der Regel das Justizministerium, übermittelt und können aus verschiedenen Gründen abgelehnt werden, so etwa, wenn die Rechtshilfeleistung die Souveränität, Sicherheit oder öffentliche Ordnung eines Staates beeinträchtigen könnte (Art. 2 lit. b) EUeR) oder aufgrund des dem Ersuchen zugrunde liegenden materiellen Gegenstandes. Die wichtigsten materiellen Bereichsausnahmen betreffen dabei gemäss Art. 2 lit. a EUeR politische Straftaten und Fiskaldelikte<sup>176</sup>. Das Ersuchensprinzip wurde insofern aufgeweicht, als Rechtshilfeverträge vorsehen, dass ein Staat einem anderen spontan, d.h. ohne vorhergehendes Ersuchen, Rechtshilfe leistet, z.B. indem er Informationen übermittelt. Zudem sehen moderne Rechtshilfeverträge regelmässig vor, dass die Ersuchen direkt an die zuständigen Behörden gestellt werden können, wobei es sich bei diesen nicht zwingend um justizielle Behörden handeln muss<sup>177</sup>, sondern durchaus auch Verwaltungsbehörden um Rechtshilfe ersucht werden können (Art. 6 Abs. 6 EURhÜ). Bezüglich der erwähnten Ablehnungsgründe ist festzuhalten, dass im Rahmen der Terrorismusbekämpfung der Ablehnungsgrund der politischen Straftat unzulässig ist.<sup>178</sup> Und die Ausnahme bezüglich der Fiskaldelikte hat bereits im Rahmen von Schengen II eine Abschwächung erfahren und wird nach Inkrafttreten des Protokolls zum EURhÜ gänzlich entfallen.<sup>179</sup>

<sup>176</sup> Ein Fiskaldelikt bezeichnet eine Tat, die auf die Verkürzung von Steuern, Zöllen oder anderen öffentlichrechtlichen Abgaben fiskalischer Art gerichtet ist, welche gemäss der Abgabegesetzgebung geschuldet würden. Nicht als Steuerdelikt gilt hingegen das betrügerische Erlangen von Subventionen oder anderen Leistungen vom Staat, weil der Verfolgte dem Staat in diesem Fall nicht etwas vorenthält, was er ihm schuldet. Bundesamt für Justiz, Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 8. Aufl. 1998 [online im www] <<http://www.rhf.admin.ch/themen/rechtshilfe/wegl-str-d.pdf>>, 9.

<sup>177</sup> Dies im Gegensatz zum EUeR, nach welchem die Leistung von Rechtshilfe ausschliesslich „in allen Verfahren hinsichtlich strafbarer Handlungen, zu deren Verfolgung (...) die Justizbehörden des ersuchenden Staates zuständig sind“ möglich ist (Art. 1 Abs. 1 EUeR).

<sup>178</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 1 Europäisches Übereinkommen zur Bekämpfung des Terrorismus vom 27. Januar 1977, ETS Nr. 90.

<sup>179</sup> S. sogleich unten im Text.

Doppelte Strafbarkeit: Das in Art. 5 Abs. 1 lit. a) EUeR verankerte Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit ist ein bekanntes Prinzip der internationalen Rechtshilfe.<sup>180</sup> Es besagt, dass eine Handlung sowohl im ersuchenden als auch im ersuchten Staat strafrechtlich geahndet werden muss, damit Rechtshilfe gewährt werden kann.<sup>181</sup> Letztlich müssen die Staaten wegen des Prinzips der doppelten Strafbarkeit nur dann Rechtshilfe leisten, wenn ihre Rechtsordnung den entsprechenden Tatbestand pönalisiert. Ein Delikt kann somit der Rechtshilfe entzogen werden, indem es ein Staat nicht dem Strafrecht unterfallen lässt, sondern es als reines Verwaltungsdelikt deklariert, für welches keine Rechtshilfe, sondern - bestenfalls - Amtshilfe geleistet werden kann. Dem Prinzip der doppelten Strafbarkeit kommt insbesondere im Zusammenhang mit Ersuchen um Durchsuchung und Beschlagnahme Bedeutung zu.<sup>182</sup> Dieser Grundsatz wird zumindest teilweise etwa durch Art. 49, 51 Schengen II<sup>183</sup> sowie durch einige neue Instrumente auf EU-Ebene<sup>184</sup> weitgehend relativiert.

In der EU wird insgesamt auf ein gänzlich neues Konzept der justiziellen Zusammenarbeit hingearbeitet, dessen Eckstein der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung bildet.<sup>185</sup> Dieser Grundsatz ist von grösster Bedeutung für die künftige Entwicklung der Rechtshilfe zwischen den EU-Mitgliedstaaten und auch für die Effizienz und Effektivität der Tätigkeit nationaler Ermittlungsbehörden<sup>186</sup> und soll in Zukunft sowohl für Urteile als auch für prozessleitende Entscheidungen gelten. Gestützt auf ein Programm<sup>187</sup> des Rates zur schrittweisen Umsetzung dieses Prinzips, ergingen bereits einzelne Massnahmen.

---

<sup>180</sup> Vgl. *Peter Popp*, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, 2001, 71, Rn. 103; Bundesamt für Justiz, Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 8. Aufl. 1998 [online im www] <<http://www.rhf.admin.ch/themen/rechtshilfe/weigl-str-d.pdf>>, S. 13ff., 56.

<sup>181</sup> NZZ-Dossier: Die verflixte Steuerhinterziehung [online im www] <<http://www.nzz.ch/dossiers/2002/bilaterale-II/2002.09.21-il-kommentar8EO60.html>>.

<sup>182</sup> Ein weiteres nennenswertes Rechtshilfeprinzip ist der Spezialitätsgrundsatz. Gemäss diesem dürfen die im Rahmen der Rechtshilfe erhaltenen Auskünfte und Schriftstücke im ersuchenden Staat nur innerhalb desjenigen Rechtshilfeverfahrens verwendet werden, für das er sie erbat. Damit wird insbesondere dem Anliegen des Datenschutzes Rechnung getragen. Vgl. zu diesem Grundsatz etwa *Popp*, Internationale Rechtshilfe (Fn. 180), 192, Rn. 287 ff. Auch dieses Prinzip wird im EURhÜ zumindest teilweise nicht eindeutig verankert, hierzu *Epiney*, EuZW 2003 (Fn. 175), 421 (423 f.).

<sup>183</sup> S. noch unten IV.2., 3.

<sup>184</sup> S. sogleich im Text.

<sup>185</sup> Vgl. Ziff. 33-37 der Schlussfolgerungen des Europäischen Rats von Tampere vom 15. und 16. Oktober 1999.

<sup>186</sup> Vgl. Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg., 68.

<sup>187</sup> Massnahmenprogramm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen, ABl. C 12 vom 15.1.2001, 10.

Zunächst wurde der Europäische Haftbefehl<sup>188</sup> geschaffen, durch welchen mittels einer justiziellen Entscheidung eines Mitgliedstaates eine gesuchte Person unionsweit zur Festnahme und Übergabe durch einen anderen Mitgliedstaat ausgeschrieben werden kann.<sup>189</sup> Damit sind im Anwendungsbereich des Haftbefehls in Zukunft zwischen den EU-Mitgliedstaaten keine förmlichen Auslieferungsverfahren mehr nötig.

Eine wesentlich raschere Vorgehensweise wurde auch im Zusammenhang mit der Sicherstellung von Vermögensgegenständen und Beweismitteln erreicht.<sup>190</sup> So muss eine Sicherstellungsentscheidung eines Mitgliedstaates in einem anderen Mitgliedstaat auf jeden Fall anerkannt und vollstreckt werden.<sup>191</sup> Die Geltendmachung von Rechtshilfeausschlussgründen ist damit ausgeschlossen. Dasselbe Ziel verfolgt der Vorschlag über die Europäische Beweisverordnung<sup>192</sup> bezüglich der Durchsuchung und Beschlagnahmung. Während die gegenseitige Anerkennung bisher nur auf bereits vorhandene oder direkt verfügbare Beweismittel beschränkt war, sieht dieser Vorschlag vor, dass ein Mitgliedstaat von einem anderen mittels eines einheitlichen Formblattes die Durchführung der Zwangsmassnahmen Durchsuchung und Beschlagnahmung verlangen kann. Diese Anweisung müsste vom ersuchten Mitgliedstaat direkt anerkannt und vollstreckt werden, unter weitgehendem Ausschluss von Ablehnungsgründen, insbesondere jenem der doppelten Strafbarkeit.<sup>193</sup> Dieselben Vereinfachungen soll die justizielle Zusammenarbeit zukünftig auch bezüglich weiterer Ermittlungshandlungen, wie etwa der Überwachung des Telefonverkehrs, von Kontobewegungen oder auch im Bereich der Festnahme und Vernehmung erfahren.<sup>194</sup>

Generell kann davon ausgegangen werden, dass die Möglichkeiten der einzelnen Staaten, die Reichweite der Zusammenarbeit in Strafsachen innerhalb der EU zu bestimmen, immer weiter reduziert werden<sup>195</sup>, und die Interessen des ersuchenden

---

<sup>188</sup> Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. L 190 vom 18.7.2002, 1 ff.

<sup>189</sup> Art. 1 Abs. 1 Rahmenbeschluss (Fn. 188).

<sup>190</sup> Vgl. Rahmenbeschluss des Rates vom 22. Juli 2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union, ABl. L 196 vom 2.8.2003, 45 ff.

<sup>191</sup> S. Art. 1 Rahmenbeschluss (Fn. 190).

<sup>192</sup> Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über die Europäische Beweisverordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafverfahren, KOM (2003) 688 endg. S. hierzu *Robert Zimmermann*, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 2. Aufl., 2004, 649 ff.

<sup>193</sup> Insbesondere wäre kein Exequaturverfahren im ersuchten Staat mehr nötig, vgl. Ziff. 18 Vorschlag für einen Rahmenbeschluss (Fn. 192).

<sup>194</sup> Vgl. Ziff. 2 Vorschlag für einen Rahmenbeschluss (Fn. 192).

<sup>195</sup> Vgl. *Schwaighofer/Ebensperger*, *Internationale Rechtshilfe* (Fn. 156), 3.

Staates vermehrt über diejenigen des ersuchten Staates gestellt werden<sup>196</sup>, woraus durchaus eine deutliche Effizienz- und Effektivitätssteigerung bei der Bekämpfung von Straftaten und anderen rechtswidrigen Handlungen resultieren dürfte.<sup>197</sup>

Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass die EU (wie bei der polizeilichen Zusammenarbeit) auch im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit Institutionen geschaffen hat, denen eine koordinierende Funktion zukommt: das Europäische Justizielle Netzwerk (EJN<sup>198</sup>) und die Europäische Stelle für justizielle Zusammenarbeit (Eurojust<sup>199</sup>).

Das 1998 errichtete EJN bildet ein Verbindungsnetz zur Erleichterung der unmittelbaren Beziehung zwischen den Justizbehörden der Mitgliedstaaten. Kontaktstellen in den einzelnen Mitgliedstaaten werden von anderen Mitgliedstaaten mit Verbindungsbeamten besetzt, die den Behörden vor Ort helfen, den Kontakt zu ihren heimischen Justizbehörden herzustellen, wodurch die Rechtshilfe unmittelbarer und unbürokratischer wird. Die Kontaktstellen leisten dabei rein praktische Hilfe, etwa indem sie die Adressen der zuständigen Behörden zur Verfügung stellen, damit diese ihre Rechtshilfe untereinander effizient vorbereiten bzw. allgemein verbessern können.<sup>200</sup>

<sup>196</sup> Gerhard Dannecker, Die Bedeutung der Europäisierung des Strafrechts für die Schweiz, Verhandlungen der Schweiz mit der Europäischen Union über die grenzüberschreitende Kriminalitätsbekämpfung, EuZ 3/2002, 50 (53).

<sup>197</sup> Diese Entwicklung ist insgesamt aber auch durchaus kritisch zu betrachten. So ist die Zugrundelegung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit nicht immer ohne weiteres vertretbar, da sie dazu führen kann, dass die Garantie eines fairen Strafverfahrens gemäss Art. 6 EMRK unterwandert wird, dies etwa, weil die Übernahme von Beweismitteln aus einem anderen Staat aufgrund der Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen zu einem Verlust von Verteidigungsrechten führen kann. Vgl. Helmut Satzger, Gefahren für eine effektive Verteidigung im geplanten europäischen Verfahrensrecht, StV 2003, 137 (141 f.); Bernd Schünemann, Bürgerrechte ernst nehmen bei der Europäisierung des Strafverfahrens!, StV 2003, 116 (121). Deshalb wird von verschiedener Seite als Pendant zum Konzept der gegenseitigen Anerkennung im europäischen Strafverfahrensrecht die Festlegung gemeinsamer Standards der Beweiserhebung bzw. die Schaffung eines gesamteuropäisch hohen Niveaus der Ermittlungshandlungen und Beweisverbote gefordert. Vgl. Stefan Braum, Europäisches Strafrecht im administrativen Rechtsstil, ZRP 2002, 508 (512); Schünemann, StV 2003 (ebd.), 121, der den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung im Beweisrecht gänzlich ablehnt und vielmehr fordert, dass ein „Prinzip der doppelten Zulässigkeitsschranke“ einzuführen sei, „wonach ein Beweismittel nur verwertet werden darf, wenn es sowohl nach dem Recht des anordnenden als auch nach dem Recht des erhebenden Staates prozessordnungsgemäss“ sei.

<sup>198</sup> Eingesetzt durch die Gemeinsame Massnahme 98/428/JI vom 29. Juni 1998 - vom Rat aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union angenommen - zur Einrichtung eines Europäischen Justiziellen Netzes, ABl. L 191 vom 7.7.1998, 4 ff.

<sup>199</sup> Beschluss des Rates vom 28.2.2002 über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität, ABl. L 63 vom 6.3.2002, 1 ff.

<sup>200</sup> Vgl. SCADplus: Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen: Europäisches Justizielles Netz [online im www] <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/de/lvb/133055.htm>>.



Eurojust hat ihren Sitz in Den Haag und ist hauptsächlich im Bereich der organisierten Kriminalität tätig. Dabei koordiniert sie in erster Linie die Zusammenarbeit der Strafuntersuchungsbehörden, wobei sie auch zur Zweckmässigkeit und zum Zeitpunkt nationaler Massnahmen Stellung nehmen kann. Ausserdem unterstützt sie grenzüberschreitende Ermittlungen in Fällen der organisierten Kriminalität und steht den Mitgliedstaaten und dem EJN bei der Erledigung von Beweiserhebungs- und Auslieferungsersuchen zur Seite.<sup>201</sup>

## 2. Zur Rechtshilfe im Rahmen von „Schengen“

Ausgehend vom Rechtshilfeübereinkommen des Europarates regeln Art. 48-53 SDÜ die Rechtshilfe in Strafsachen i.S. der kleinen Rechtshilfe (vgl. Art. 48 Abs. 1 Schengen II).<sup>202</sup>

Ferner finden sich in Schengen II, in Ergänzung zu den Bestimmungen der Europarats-Abkommen zur Vollstreckung<sup>203</sup> und Auslieferung<sup>204</sup>, auch Verpflichtungen bezüglich der Auslieferung (Art. 59-66) und der Vollstreckungshilfe (Art. 67-69), auf die hier jedoch nicht näher eingegangen werden kann.<sup>205</sup> Hingewiesen sei aber am Rande auf die mit der Übernahme von Art. 63 Schengen II für die Schweiz zu erwartende praktisch relevante Neuerung: Diese Bestimmung verpflichtet die Schengen-Staaten, auch im Zusammenhang mit Delikten im Bereich der indirekten Fiskalität zu Auslieferungen Hand zu bieten. Dadurch wird die Schweiz von ihrem Grundsatz abkommen müssen, nach welchem sie im Zusammenhang mit Fiskaldelikten keine Auslieferungen vornimmt<sup>206</sup>.

Da die Schweiz gemäss Art. 1 SAA nicht nur an den geltenden Schengen-Besitzstand, sondern auch an dessen Weiterentwicklung assoziiert wird und nach Massgabe von Art. 7 SAA neue Rechtsakte und Massnahmen übernehmen muss,<sup>207</sup> wird in der nachfolgenden Darstellung der Art. 48-53 Schengen II jeweils auch auf die wichtigsten absehbaren Weiterentwicklungen Bezug genommen, welche sich insbesondere aus dem EURhÜ und dessen Protokoll ergeben.<sup>208</sup>

<sup>201</sup> Vgl. Art. 3 Beschluss des Rates (Fn. 199).

<sup>202</sup> S. bereits oben IV.1.

<sup>203</sup> ETS Nr. 70.

<sup>204</sup> ETS Nr. 24.

<sup>205</sup> S. hierzu *Hanspeter Pfenninger*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), *Accords bilatéraux II Suisse- EU et autres Accords récents / Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU und andere neue Abkommen*, 2006, 331 (339 ff., 353 f.).

<sup>206</sup> Art. 3 Abs. 3 IRSG, Art. 5 Europäisches Auslieferungsabkommen. S. auch BGE 103 I a 218 E. 7 d.

<sup>207</sup> S. oben C.I.

<sup>208</sup> Wobei einzelne Bestimmungen von Schengen II modifiziert (Art. 1 Abs. 1 lit. c) EURhÜ) oder gar aufgehoben werden (Art. 2 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 3 Protokoll EURhÜ).

Zudem deckt sich das EURhÜ inhaltlich z.T. mit dem zweiten Zusatzprotokoll zum EUeR, das zahlreiche EU-Mitgliedstaaten unterzeichnet, jedoch grösstenteils noch nicht ratifiziert haben.<sup>209</sup> Da das Zusatzprotokoll für die Schweiz kürzlich in Kraft getreten ist, wird jeweils auf seine, den Schengen-Besitzstand betreffenden, Überschneidungen mit dem EURhÜ hingewiesen, die jedoch gering sind. Vielmehr sind die Überschneidungen der beiden Rechtshilfeverträge ausserhalb des Regelungsbereiches von Schengen angesiedelt und betreffen moderne Formen der justiziellen Zusammenarbeit, wie z.B. die verdeckte Ermittlung (Art. 14 EURhÜ, Art. 19 2. ZP EUeR) oder die Einvernahme per Telefon- und Videokonferenz (Art. 11 EURhÜ, Art. 10 2. ZP EUeR, Art. 10 EURhÜ, Art. 9 2. ZP EUeR).

Der Anwendungsbereich der Rechtshilfe bzw. das Ausmass der Schengener Rechtshilfeverpflichtungen ist in Art. 49 Schengen II geregelt. Diese Norm erweitert die Verpflichtung zur Leistung von Rechtshilfe im Vergleich zu Art. 1 Abs. 1 EUeR in mehrfacher Hinsicht. So verpflichtet sie die Vertragsparteien nicht nur in Bezug auf Strafverfahren zur Rechtshilfe, sondern auch bei mit Strafverfahren im Zusammenhang stehenden Prozessen, wie z.B. in verbundenen Zivilprozessen.<sup>210</sup> Auch ist die Rechtshilfe nicht nur auf strafbare Handlungen i.S. des Kernstrafrechts beschränkt, sondern auch im Zusammenhang mit Handlungen zu leisten, die „als Zuwiderhandlung gegen Ordnungsvorschriften durch Behörden geahndet werden, gegen deren Entscheidung ein auch in Strafsachen zuständiges Gericht angerufen werden kann“<sup>211</sup>. Damit entfällt faktisch das Prinzip der doppelten Strafbarkeit zwischen den Schengen-Staaten.<sup>212</sup> Zudem folgt aus dieser Bestimmung, dass die Kooperation nicht nur mehr gegenüber Justizbehörden erfolgen kann, sondern grundsätzlich auch gegenüber Verwaltungsbehörden.<sup>213</sup> Ferner wird die Rechtshilfeverpflichtung durch das EURhÜ auch auf Verfahren im Zusammenhang mit Straftaten juristischer Personen ausgedehnt werden (Art. 3 Abs. 2 EURhÜ).

<sup>209</sup> Der aktuelle Ratifikationsstand ist einzusehen [online im www] unter <<http://www.conventions.coe.int>>.

<sup>210</sup> Vgl. Art. 49 lit. b-f Schengen II.

<sup>211</sup> Diese Bestimmung findet sich mit gleichem bzw. ähnlichem Wortlaut auch in Art. 3 Abs. 1 EURhÜ und in Art. 1 Abs. 3 2. ZP EUeR.

<sup>212</sup> Vgl. Epiney, EuZW 2003 (Fn. 175), 421 (423).

<sup>213</sup> Von praktischer Relevanz ist hier insbesondere die Rechtshilfe durch Zollbehörden. Art. 49 lit. a Schengen II wird durch Art. 3 Abs. 1 EURhÜ ersetzt werden, was aber zu keinen sachlichen Änderungen führen wird. Mit dem Einbezug von Verwaltungsbehörden in die Rechtshilfe wird nicht zuletzt auch dem Umstand Rechnung getragen, dass in gewissen Ländern – z.B. in Grossbritannien, für welches dann auch Art. 3 Abs. 1 EURhÜ anwendbar wäre – nicht nur die Ermittlungen, sondern auch die Leitung der Ermittlungen der Polizei obliegt und nicht immer einer justiziellen Behörde wie einem Untersuchungsrichter oder einem Staatsanwalt. S. Martin Wasmeier/Alexandra Jour-Schröder, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Vertrag über die EU und Vertrag zur Gründung der EG. Kommentar, 6. Aufl., 2003, Art. 29 EUV, Rn. 12 (Fn. 15).

Art. 50 Schengen II schränkt die Rechtshilfeverpflichtung zwischen den Schengen-Staaten in sachlicher Hinsicht auf den Bereich der indirekten Fiskalität (Verbrauchssteuern, Mehrwertsteuer, Zoll) ein. Somit gilt die Bereichsausnahme der Fiskaldelikte gemäss Art. 2 lit. a EUeR zwischen den Schengen-Staaten nur noch für Delikte im Zusammenhang mit der direkten Fiskalität.<sup>214</sup> Art. 50 Schengen II wird später durch Art. 8 Protokoll EURhÜ ersetzt werden (Art. 8 Abs. 3 Protokoll EURhÜ), der fest schreibt, dass Rechtshilfe nicht allein deshalb verweigert werden darf, weil ein Ersuchen sich auf eine fiskalisch strafbare Handlung bezieht. Damit wird die Rechtshilfeverpflichtung auf den gesamten Fiskalbereich ausgedehnt werden. Staaten, für die das Protokoll gilt, werden somit zukünftig auch zur Kooperation im Zusammenhang mit Delikten im Bereich der direkten Steuern verpflichtet sein. Der Rechtshilfeverweigerungsgrund der fiskalisch strafbaren Handlung (Art. 2 lit. a EUeR) wird im Rahmen der kleinen Rechtshilfe<sup>215</sup> gänzlich entfallen. Werden also zukünftig Steuerbehörden im Rahmen eines (Verwaltungs-)Strafverfahrens um Auskünfte ersucht, können diese die Rechtshilfe nicht mehr aus dem Grund verweigern, dass es sich um einen rein steuer(straf-)rechtlichen Verstoss handle (Art. 8 Abs. 1 Protokoll EURhÜ).

Art. 51 Schengen II befasst sich mit den Voraussetzungen für den Einsatz der Zwangsmassnahmen Durchsuchung und Beschlagnahme im Rahmen der Rechtshilfe bzw. den Bedingungen, an welche die Schengen-Staaten die Durchführung dieser Massnahmen zu Gunsten eines anderen Vertragsstaates knüpfen können. Aufgrund ihrer Bedeutung für das schweizerische Bankgeheimnis wird auf diese Norm weiter unten gesondert eingegangen (3.).

Art. 52, 53 Schengen II regeln praktisch wichtige Aspekte des Rechtshilfeverkehrs, wie die Übermittlung von Rechtshilfeersuchen, die Zustellung von Verfahrens- und Gerichtsurkunden sowie das Erscheinen von Zeugen und Sachverständigen im ersuchenden Staat. Bezüglich der Urkunden (Art. 7 EUeR, Art. 52 Schengen II) und der Übermittlung von Rechtshilfeersuchen (Art. 15 EUeR, Art. 53 Schengen II), hat Schengen II gegenüber dem EUeR den Vorteil, dass die Zustellung an die Adressaten nicht mehr über die Justizministerien zu erfolgen hat, sondern die Vertragsparteien vorsehen können, dass Schriftstücke den Behörden und Einzelpersonen unmittelbar auf

---

<sup>214</sup> Zwar war dies auch schon durch das erste Protokoll vom 17.03.1978 zum EUeR (ETS Nr. 99) geschehen, doch war dieses bei der Unterzeichnung von Schengen II erst von einer der damaligen Vertragsparteien ratifiziert worden. Vgl. Botschaft Bilaterale II, BBl. 2004, 5965 (6097).

<sup>215</sup> Nicht aber im Bereich der Auslieferung, denn hier wird die Schweiz mittels Erklärung sicherstellen können, dass Auslieferung auf strafbare Handlungen im Rahmen der indirekten Fiskalität beschränkt bleibt. S. *Pfenninger*, in: *Accords bilatéraux II Suisse – UE* (Fn. 205), 331 (354).

dem Postweg zugestellt werden. Das EURhÜ geht noch einen Schritt weiter und erklärt die unmittelbare Zustellung von Verfahrensurkunden (Art. 5 EURhÜ) bzw. den unmittelbaren Behördenverkehr bei Rechtshilfeersuchen (Art. 6 EURhÜ) zum Regelfall. Zudem verankert Art. 7 EURhÜ, welcher sich auf den Schengen-Besitzstand auswirken wird (Art. 2 Abs. 1 EURhÜ), die Möglichkeit eines spontanen Informationsaustausches ohne Ersuchen.

Allgemein ist davon auszugehen, dass die Übernahme der Schengener Rechtshilfe-Bestimmungen sowie der Weiterentwicklungen gemäss EURhÜ in der Schweiz zu keinem grösseren Anpassungsbedarf führen wird, da die Vorgaben des Schengener Rechts dem Schweizer Rechtshilferecht grösstenteils schon bekannt sind.<sup>216</sup> Die Assoziierung wird aber eine Erweiterung der Rechtshilfeverpflichtung in materieller Hinsicht gegenüber den Schengen-Staaten mit sich bringen. Leistet die Schweiz nach dem geltenden Recht im Fiskalbereich nur sehr restriktiv und ausschliesslich im Zusammenhang mit dem Delikt des Abgabebetrugs Rechtshilfe (Art. 3 Abs. 3 IRSG, Art. 14 Abs. 2 VStrR), wird ihre Kooperationspflicht im Fiskalbereich durch Schengen deutlich erweitert werden. In einem ersten Schritt wird die Schweiz dabei für alle Handlungen, die Zuwiderhandlungen gegen Straftaten oder Ordnungsvorschriften im Bereich der indirekten Fiskalität nach Massgabe von Art. 50 Schengen II darstellen, der Rechtshilfe unterstellt werden. Und in einem zweiten Schritt werden nach Massgabe von Art. 8 Protokoll EURhÜ grundsätzlich<sup>217</sup> alle Fiskaldelikte und somit insbesondere auch die die Einkommens- und Vermögenssteuern betreffenden Delikte der Rechtshilfe zugänglich gemacht.

Deutlich wird damit auch, dass der Schengen-Besitzstand auf die erwähnten Elemente beschränkt ist und insbesondere nicht die weitergehenden Instrumente im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit, insbesondere den Europäischen Haftbefehl sowie die parallelen Instrumente der Beweissicherung<sup>218</sup>, umfasst.

### 3. *Zur Frage der Wahrung des „Bankgeheimnisses“*

Die Frage, ob und inwieweit eine Assoziierung der Schweiz an „Schengen“ das Bankgeheimnis berühren würde, war einer der umstrittensten Punkte in den Verhandlungen zu Schengen/Dublin, wobei es im Kern um die Auslegung des Art. 51 lit. a Schengen II ging<sup>219</sup>. Art. 51 Schengen II legt die Bedingungen fest, an welche die

<sup>216</sup> Botschaft Bilaterale II, BBl. 2004, 5965 (6155 ff.),

<sup>217</sup> Sofern der Rechtsweg an ein auch in Strafsachen zuständiges Gericht vorgesehen ist. S. unten D.IV.3.

<sup>218</sup> Hierzu oben D.IV.1.

<sup>219</sup> Vgl. hierzu ausführlich bereits Epiney, EuZW 2003 (Fn. 175), 421 (424 f.).

Schengen-Staaten die Erledigung von Ersuchen um Durchsuchung und Beschlagnahme knüpfen können. Diese sind für die Schweiz insofern bedeutsam, als die Durchsuchung und Beschlagnahme prozessuale Zwangsmassnahmen darstellen, welche mit der Aufhebung von gesetzlich geschützten Berufs- und Geschäftsgeheimnissen, insbesondere dem Bankgeheimnis, einhergehen können.<sup>220</sup> So kann das Bankkundengeheimnis allgemein immer dann gelüftet werden, wenn Rechtshilfevorschriften Zwangsmassnahmen<sup>221</sup> zur Informationserhebung vorsehen.<sup>222</sup>

Während sich der erste Halbsatz von Art. 51 lit. a Schengen II auf das Prinzip der doppelten Strafbarkeit stützt<sup>223</sup>, wodurch das Bankgeheimnis in Fällen der Steuerhinterziehung bestehen bliebe, da es sich bei dieser in der Schweiz nicht um eine Straftat handelt<sup>224</sup>, reicht es gemäss dem zweiten Halbsatz auch aus, wenn ein Delikt nur in einem der beiden Staaten eine Straftat darstellt, im anderen aber eine „Zu widerhandlung gegen Ordnungsvorschriften [, die] durch Behörden geahndet wird, gegen deren Entscheidung ein auch in Strafsachen zuständiges Gericht angerufen werden kann“. In diesem zweiten Halbsatz wurde im Zuge der Aushandlung des Schengen-Abkommens eine Gefahr für das Bankgeheimnis bzw. den Schutz der Steuerhinterziehung<sup>225</sup> in der Schweiz gesehen, da er dem Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit nicht Rechnung trägt, so dass auch bei Steuerhinterziehung Zwangsmassnahmen vorzunehmen wären. Hinzu kommt, dass nach Inkrafttreten des EuRHÜ und seines Protokolls der Anwendungsbereich der Rechtshilfe gemäss

<sup>220</sup> Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, 2002 (Stand: April 2005), Art. 47 BankG, Rn. 55. Vgl. Art. 24 Abs. 1 IRSV. Das Bankgeheimnis verleiht der Bank somit keinen absoluten Anspruch auf Verweigerung der Herausgabe von Akten gegenüber (Straf-)Untersuchungsbehörden (Art. 47 Ziff. 4 BankG). Zu den einzelnen Voraussetzungen zur Lüftung des Bankgeheimnisses siehe BGE 104 IV 125, E. 3 b). Vgl. zur Auskunftspflicht von Trägern des Schweizer Bankgeheimnisses gegenüber Behörden ferner *Helena Glaser Tomasone*, Amtshilfe und Bankgeheimnis, 1997, 94 ff.; *Stephan Pieper*, Rechts- und Amtshilfe in Steuerangelegenheiten durch die Schweiz insbesondere im Hinblick auf das Schweizerische Bankgeheimnis, 1995, 89 f.

<sup>221</sup> So umfasst die kleine Rechtshilfe gemäss schweizerischem Recht auch die Zwangsmassnahmen Beschlagnahme und Durchsuchung; Bundesamt für Justiz, Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Die internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 8. Aufl. 1998, [online im www] <<http://www.rhf.admin.ch/themen/rechtshilfe/weigl-str-d.pdf>>, S. 4.

<sup>222</sup> Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz (Fn. 220), Art. 47 BankG, Rn. 130.

<sup>223</sup> Konkret ist vorgesehen, dass „die dem Rechtshilfeersuchen zugrunde liegende Tat nach dem Recht beider Vertragsparteien mit einer Freiheitsstrafe ... von mindestens sechs Monaten bedroht ist“.

<sup>224</sup> So ergibt sich etwa insbesondere aus Art. 175 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG, SR 642.11), dass der Tatbestand der Steuerhinterziehung im Bereich der direkten Steuern mit der Verletzung von Verfahrenspflichten gleichgesetzt wird und nicht als Steuervergehen gilt.

<sup>225</sup> Zum ethischen Konflikt zwischen Bankgeheimnis und Steuerhinterziehung s. *Peter Müller*, Wegleitung zum schweizerischen Bankgeheimnis, 1998, 80 ff.

Schengen II nicht nur mehr die indirekte Fiskalität umfassen wird, sondern auch auf die direkten Steuern ausgedehnt wird.<sup>226</sup>

Deshalb entbrannte ein Streit um die Auslegung des Wortes „oder“, welches die beiden Halbsätze von Art. 51 lit. a Schengen II verbindet.<sup>227</sup> Während die Schweiz von „echter Alternativität“ ausging, wie sie auch in der „historischen Vorgängernorm“, Art. 5 EuER, gegeben ist, vertrat die Kommission die Auffassung, dass die beiden in Art. 51 lit. a Schengen II genannten Varianten kumulativ zur Anwendung kommen bzw. dass den einzelnen Staaten keine Wahlmöglichkeit bezüglich der beiden Alternativen offen stehe („kumulative Alternativität“).<sup>228</sup> Da in dem Auslegungsstreit keine Lösung gefunden werden konnte bzw. sich die Ansicht der Kommission faktisch durchsetzte, musste eine andere Lösung zum Schutz der Bankgeheimnisses gefunden werden.

Diese basiert auf dem „Strafgerichts-Passus“ von Art. 51 lit. a in fine Schengen II. Denn im Zusammenhang mit Entscheidungen der Steuerverwaltung betreffend die Einkommens- und Vermögenssteuern ist in fast allen Kantonen<sup>229</sup> der Weiterzug an ein Verwaltungsgericht, nicht aber an ein Strafgericht vorgesehen. Damit sind in der Schweiz bei Steuerhinterziehungsfällen im Zusammenhang mit direkten Steuern die Bedingungen zur rechtshilfeweisen Vornahme von Zwangsmassnahmen und damit zur Lüftung des Bankgeheimnisses nicht erfüllt. Die Tatsache, dass Steuerdelikte im Bereich der direkten Steuern in der Schweiz zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Abkommens nicht vor ein auch für Strafsachen zuständiges Gericht gezogen werden

<sup>226</sup> Durch Art. 8 Protokoll EURhÜ, der in seinem Abs. 3 die Aufhebung von Art. 50 Schengen II vorsieht. S. oben D.IV.2.

<sup>227</sup> Vgl. m.w.N. Epiney, EuZW 2003 (Fn. 175), 421 (424 f.). S. zu dieser Auslegungsfrage auch *Monique Jametti Greiner/Hanspeter Pfenniger*, Der Schutz des schweizerischen Bankgeheimnisses im Abkommen zur Assoziierung der Schweiz an Schengen, AJP 2/2005, 159 (163).

<sup>228</sup> In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass in der EU die Kompetenz zur Auslegung des Unionsrechts – ausgehend von den eröffneten Verfahren – dem EuGH obliegt, so dass die EU nicht bereit war, in dem Abkommen eine Art auslegende Erklärung zur Tragweite des Art. 51 Schengener Abkommen in dem Abkommen mit der Schweiz zu verankern. Damit wäre nämlich die Gefahr einhergegangen, dass der EuGH für den internen Bereich der EU eine andere Auslegung hätte zugrunde legen können.

<sup>229</sup> Einzig in den Kantonen Bern und Jura ist noch der Weiterzug an ein Strafgericht vorgesehen. Diese Kantone dürften dies im Hinblick auf das Inkrafttreten des Schengener Assoziierungsabkommens aber noch ändern und ebenfalls nur noch den Weiterzug an ein Verwaltungsgericht vorsehen. Auch wäre es ggf. sinnvoll, wenn der Bundesgesetzgeber zur Klärung einen neuen Artikel 57<sup>bis</sup> in das Steuerharmonisierungsgesetz (SR 642.14) einfügen würde, welcher ausdrücklich den Verwaltungsrechtsweg für Hinterziehungsdelikte im Bereich der direkten Steuern vorsähe. So *Jametti Greiner/Pfenniger*, AJP 2005 (Fn. 227), 165 (Fn. 53), 166.

können, hat die Schweiz denn auch zur Verdeutlichung in einer Erklärung zum Schengener Abkommen festgehalten.<sup>230</sup>

Zusätzlich wurde der Schutz des Bankgeheimnisses bzw. der Steuerhinterziehung vor internationaler Strafverfolgung durch eine Sonderregelung in Art. 7 Abs. 5 des Schengen-Abkommens verstärkt, die eine „Opt-out-Klausel“ zu Gunsten der Schweiz vorsieht, auf welche diese sich berufen könnte, wenn im Rahmen von „Schengen“ eines Tages von den Voraussetzungen des Art. 51 Schengen II abgewichen würde.<sup>231</sup> Sollte also eine neue Bestimmung oder Massnahme des Schengener Rechts dazu führen, dass die Bedingungen des Art. 51 Schengener Abkommens keine Anwendung mehr finden, könnte die Schweiz Rat und Kommission notifizieren, dass sie einen solchen Beschluss nicht in ihr innerstaatliches Recht umsetzen und ihn auch nicht anwenden werde, dies soweit als die Gesuche Vergehen bezüglich direkter Steuern betreffen und falls diese in der Schweiz nicht mit Freiheitsentzug bestraft werden können. Der Beendigungsmechanismus<sup>232</sup> wird in diesem Fall nicht ausgelöst. Allerdings wird die Situation im Gemischten Ausschuss besprochen, unter Berücksichtigung der internationalen Entwicklung. Die Schweiz kann aber nur unter der Voraussetzung einer einstimmigen Entscheidung des Gemischten Ausschusses – und damit nur im Falle ihrer Zustimmung – zur Übernahme solcher Bestimmungen verpflichtet werden. Art. 7 Abs. 5 räumt der Schweiz in dem in der Vorschrift vorgesehenen engen Rahmen somit die Möglichkeit eines „nationalen Alleingangs“ und damit eines Ausscherens aus dem Schengen-Besitzstand ein.

Trotz dieser Absicherungen ist nicht auszuschliessen, dass der EuGH dereinst über die Auslegung des Art. 51 lit. a) Schengen II wird entscheiden müssen. So wäre es zumindest theoretisch möglich, dass der EuGH den gemeinschaftsrechtlichen Begriff des „auch in Strafsachen zuständigen Gerichts“ dahingehend auslegt, dass auch die derzeitigen Rekursmöglichkeiten in der Schweiz darunter fielen, wenn dies auch ziemlich unwahrscheinlich erscheint, weil der Begriff des „auch in Strafsachen zuständigen Gerichts“ die „üblichen“ Verwaltungsgerichte bzw. Rekurskommissionen gerade nicht umfassen dürfte. Würde der EuGH aber dennoch zu „Ungunsten“ der

<sup>230</sup> Déclaration de la Suisse sur l'entraide judiciaire en matière pénale: La Suisse déclare que les infractions fiscales dans le domaine de l'imposition directe, poursuivies par des autorités suisses, ne peuvent pas donner lieu, au moment de l'entrée en vigueur de cet Accord, à un recours devant une juridiction compétente notamment en matière pénale.

<sup>231</sup> Botschaft Bilaterale II, BBl. 2004, 5965 (6162). Vgl. *Urs Behnisch*, Auswirkungen der Bilateralen II auf das schweizerische Steuerrecht, AJP 2005, 947 (950); *Tornike Keshelava*, Entraide judiciaire en matière de droit pénal fiscal selon l'Accord sur l'association à Schengen, Anwaltsrevue 3/2006, 98 f.

<sup>232</sup> S.o. C.IV.

Schweiz entscheiden, wären die Voraussetzungen für die Einleitung des Beendigungsmechanismus' erfüllt, falls die Schweiz ihre Praxis bzw. ihre Rechtsvorschriften nicht ändert. Auf diese Weise könnte Art. 51 Schengen II doch noch zu einem „Stolperstein“ für die Aufrechterhaltung des Assoziierungsabkommens werden.

## V. Zuständigkeit zur Behandlung eines Asylgesuchs und „Eurodac“

Das Dublin-Assoziierungsabkommen bezweckt die Einbindung der Schweiz in den sog. „Dublin-Besitzstand“.<sup>233</sup> Dazu gehören gemäss Art. 1 DAA die Dublin-Verordnung<sup>234</sup>, die Eurodac-Verordnung<sup>235</sup> sowie deren respektive Durchführungsverordnungen<sup>236</sup>. Die Schweiz hat sich verpflichtet, die Bestimmungen dieser Rechtsakte (einschliesslich allfälliger zukünftiger Änderungen und Ergänzungen, Art. 1 Abs. 3 DAA) umzusetzen und im Verkehr mit den EU-Mitgliedstaaten<sup>237</sup> anzuwenden. Bei der Umsetzung und Anwendung sind für die Schweiz zudem die Vorgaben der Datenschutz-Richtlinie der EG<sup>238</sup> massgebend.

Im Folgenden sollen die wesentlichen Bestimmungen des von der Schweiz zu übernehmenden Dublin-Besitzstandes skizziert werden; hingegen ist es im Rahmen dieses Beitrags nicht möglich, sich im Einzelnen mit der Effektivität der Zuständigkeitsregelung auseinanderzusetzen und das System einer Bewertung zu unterziehen. Immerhin sei darauf hingewiesen, dass es teilweise aus verschiedenen Gründen (insbesondere im Hinblick auf seine Effektivität und die Vereinbarkeit mit menschenrechtlichen Vorgaben) kritisiert wird<sup>239</sup>.

### 1. Die Zuständigkeitsordnung des Dubliner Systems

#### a) Zielsetzung von „Dublin“

<sup>233</sup> S. auch schon oben C.

<sup>234</sup> VO 343/2003 (Fn. 10).

<sup>235</sup> VO 2725/2000 über die Einrichtung von „Eurodac“ für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens, ABl. L 316, 15.12.2000, 1.

<sup>236</sup> VO 1560/2003 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 343/2003, ABl. L 222, 5.9.2003, 3 und VO 407/2002 zur Festlegung von Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 2725/2000, ABl. L 62, 5.3.2002, 1.

<sup>237</sup> Zur Sonderstellung von Grossbritannien und Dänemark (Art. 11) siehe oben Fn. 26, 27.

<sup>238</sup> Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281, 23.11.1995, 31.

<sup>239</sup> Vgl. Christian Schmid//Christian Filzwieser, Dublin II-Verordnung – Das Europäische Asylzuständigkeitssystem, 2004, 33 m.w.N.; UNHCR, The Dublin II Regulation – a UNHCR Discussion Paper, April 2006, [online im www] <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/openssl.pdf?tbl=RSDLEGAL&id=4445fe344>>.



Ausgangspunkt für die Schaffung des Dubliner Zuständigkeitsystems für die Behandlung von Asylgesuchen war die Herstellung des Binnenmarktes der EU: Die Abschaffung der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen ermöglichte nicht nur die Freizügigkeit von EU-Bürgern, sondern auch von Drittausländern, die sich (legal oder illegal) auf dem Hoheitsgebiet der EU aufhielten. Somit entstand unter anderem auch im Bereich der Asylpolitik die Notwendigkeit eines koordinierten Vorgehens der Mitgliedstaaten. Mit dem Dubliner Übereinkommen<sup>240</sup> sollte in einem ersten Schritt eine europäische Zuständigkeitsordnung für die Behandlung von Asylgesuchen geschaffen werden. Dadurch sollte einerseits sichergestellt werden, dass ein Asylbewerber innerhalb der Europäischen Gemeinschaft nur ein Gesuch stellen kann (*one chance only*-Prinzip, Verhinderung von Mehrfachgesuchen und sog. Asyltourismus<sup>241</sup>), andererseits sollte dadurch garantiert werden, dass tatsächlich ein Mitgliedstaat zur Behandlung des Gesuches zuständig ist und ein Asylverfahren durchführt (Recht auf Prüfung des Asylantrages, Verhinderung von „*refugees in orbit*“<sup>242</sup>). Diese ursprüngliche Zielsetzung des Dubliner Übereinkommens wurde von der Dublin-Verordnung (D-VO) unverändert übernommen (Art. 1, Art. 3 Abs. 1). Die von der Verordnung eingeführten Änderungen und Ergänzungen sollten lediglich bei der Umsetzung festgestellten Problemen begegnen und die Effektivität des Zuständigkeitsystems steigern<sup>243</sup>.

b) *Begriffsbestimmungen (Art. 2 D-VO)*

Art. 2 enthält die im Rahmen der Verordnung relevanten Begriffsdefinitionen. Bemerkenswert sind insbesondere Art. 2 lit. a), der EU-Bürger *per definitionem* vom

<sup>240</sup> Der Vollständigkeit halber soll an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass die Vorschriften des DÜ weitestgehend vom Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) übernommen wurden. Das DÜ hatte aber als *lex specialis* gegenüber den asylrechtlichen Bestimmungen des SDÜ Vorrang, so dass dieser Hinweis nur für die Zeitspanne nach Inkraftsetzung des SDÜ (26.3.1995) und vor dem Inkrafttreten des DÜ (1.10.1997) praktische Relevanz hatte.

<sup>241</sup> Christian Schmid/Romy Bartels, Handbuch zum Dubliner Übereinkommen, 2001, 31 f.

<sup>242</sup> Schmid/Bartels, Handbuch (Fn. 240), 32 ff.

<sup>243</sup> Siehe dazu die Ausführungen der Kommission im Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Festlegung von Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines Asylantrags zuständig ist, den ein Staatsangehöriger eines dritten Landes in einem Mitgliedstaat gestellt hat, KOM 2001/0447 endg., ABl. C 304E, 30.10.2001, S. 192–201, m.w.N.; Schmid/Filzwieser, Dublin II-Verordnung (Fn. 239), 30 f.; Pascal-Hervé Bogdanski, L'association de la Suisse au système de Dublin, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), Accords bilatéraux II Suisse-EU et autres Accords récents/Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU und andere neue Abkommen, 2006, 389 (394 f.).

persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung ausschliesst<sup>244</sup>, und Art. 2 lit. c), gemäss welchen als Asylanträge nur Schutzersuchen gemäss der Genfer Flüchtlingskonvention angesehen werden sollen. Relativiert wird diese Einschränkung allerdings durch den Zusatz, dass jedes Ersuchen um internationalen Schutz im Zweifelsfall als Asylantrag qualifiziert werden soll, es sei denn, der Antragssteller ersuche ausdrücklich um anderweitigen Schutz.

c) *Allgemeine Grundsätze (Art. 3-4 D-VO)*

Die teilnehmenden Staaten sind verpflichtet, jeden Asylantrag, der auf ihrem Hoheitsgebiet oder an der Grenze gestellt wird, zu prüfen. Dabei gilt der Grundsatz, dass für die Prüfung eines Asylgesuches ein einziger Staat zuständig ist (Art. 3 Abs. 1). Ob diese Bestimmung den Asylsuchenden ein Recht auf ein materielles Asylverfahren gewährt, ist in der Literatur strittig. Die Begriffsdefinition in Art. 2 lit. e) und die Tatsache, dass gemäss Art. 3 Abs. 3 das Recht jedes teilnehmenden Staates unberührt ist, einen Asylbewerber gemäss nationalem Recht in einen Drittstaat zurück- oder auszuweisen<sup>245</sup>, legen nahe, die Frage im Rahmen der Dubliner Systematik zu verneinen<sup>246</sup>. Allerdings ist vor einer Aus- oder Rückweisung in einen Drittstaat stets sorgfältig abzuklären, ob der Drittstaat dem Asylsuchenden auch effektiven Schutz vor Rückschiebung in den Verfolgerstaat bieten und ihm insbesondere auch Zugang zum materiellen Asylverfahren gewähren wird<sup>247</sup>. Art. 3 Abs. 3 nennt für die Anwendung nationaler Drittstaatenklauseln nur die Bestimmungen der Flüchtlingskonvention als ausdrückliche Grenzen. Gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ist aber auch die EMRK, insbesondere Art. 3, zu beachten.

Im Fall *T.I. gegen Vereinigtes Königreich*<sup>248</sup> ging es um die Frage, ob das Vereinigte Königreich durch die Überstellung des Beschwerdeführers nach Deutschland, welches gemäss den Dubliner Kriterien für die Behandlung dessen Asylgesuches zuständig war, seine eigenen Schutzpflichten aus Art. 3 EMRK verletzt hatte. Die Frage stellte sich

<sup>244</sup> Siehe dazu ausführlich *Hailbronner/Thiery*, EuR 1998 (Fn. 21), 583 (589 ff.); *UNHCR*, Towards a Common Asylum System, in: Constança Dias Urbano de Sousa/Philippe de Bruycker (Hrsg.), *The Emergence of a European Asylum Policy – L'émergence d'une politique européenne d'asile*, 2004, 230 ff.

<sup>245</sup> Vgl. Art. 34 des schweizerischen Asylgesetzes (SR 142.31).

<sup>246</sup> *Schmid/Bartels*, Handbuch (Fn. 240), 32 ff. m.w.N.; *Schmid/Filzwieser*, Dublin II-Verordnung (Fn. 239), 70; kritisiert bereits von *Alberto Achermann*, Schengen und Asyl: Das Schengener Übereinkommen als Ausgangspunkt der Harmonisierung europäischer Asylpolitik, in: *Alberto Achermann/Roland Bieber/Astrid Epiney/Ruth Wehner* (Hrsg.), *Schengen und die Folgen*, 1995, 108 ff.

<sup>247</sup> Vgl. *UNHCR*, *The Dublin II Regulation* (Fn. 239), 45 ff., 50.

<sup>248</sup> *EGMR*, *T.I. gg. Vereinigtes Königreich*, Reports 2000-III; deutsche Übersetzung (Auszüge) in: *NVwZ* 2001, 301 ff.

aufgrund der – gemäss der ständigen Rechtsprechung des EGMR<sup>249</sup> unzutreffenden – Auffassung des deutschen Bundesverwaltungsgerichtes, dass im Rahmen des Rückschiebeverbotes von Art. 3 EMRK nur Menschenrechtsverletzungen von staatlicher oder quasi-staatlicher Seite relevant seien. Der Gerichtshof stellte in diesem Zusammenhang fest, dass sich Grossbritannien „nicht automatisch auf die Regelung des Dubliner Übereinkommens hinsichtlich der Verteilung der Verantwortung zwischen den europäischen Staaten bezüglich der Entscheidung von Asylbegehren berufen [kann]. [...] Es wäre unvereinbar mit dem Ziel und Zweck der Europäischen Menschenrechtskonvention, wenn die Vertragsstaaten sich dadurch in einem bestimmten, von solchen Vereinbarungen umfassten Tätigkeitsbereich, von den Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention befreien könnten“<sup>250</sup>.

Im Rahmen der Zuständigkeitsordnung von Dublin ist gemäss Art. 3 Abs. 2 jedem Staat das souveräne Recht vorbehalten, ein Asylgesuch zu prüfen, selbst wenn er gemäss den festgelegten Kriterien nicht für dessen Behandlung zuständig ist (sog. Selbsteintrittsrecht<sup>251</sup>).

Das Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates wird eingeleitet, sobald ein Asylbewerber erstmals im Dublin-Raum ein Asylgesuch stellt (Art. 4 Abs. 1, 2). Die Situation eines minderjährigen Kindes ist dabei untrennbar mit der des Elternteils oder des Vormunds verbunden, der ein Asylgesuch gestellt hat (Art. 4 Abs. 4).

*d) Die Zuständigkeitskriterien und ihre Rangfolge (Art. 5-14 D-VO)*

Zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates stellt die Verordnung eine Reihe von Kriterien auf. Diese sollen in der genannten Rangfolge angewandt werden (Art. 5 Abs. 1).

Die ersten Zuständigkeitskriterien dienen dem Schutz der Einheit der Familie. Für die Behandlung des Asylgesuches eines unbegleiteten Minderjährigen ist – immer unter Vorbehalt des Wohles des Kindes – derjenige Dublin-Staat zuständig, in dem sich ein Familienmitglied bereits rechtmässig aufhält (Art. 6). Auch ein volljähriger Asylbewerber soll mit seinen Familienangehörigen zusammengeführt werden, sofern er dies wünscht. Hat er Familienangehörige, die in einem Staat bereits als Flüchtlinge anerkannt wurden, so ist jener Staat auch für die Prüfung seines Asylgesuches zuständig (Art. 7). Halten sich die Familienangehörigen des Asylbewerbers in einem

<sup>249</sup> EGMR, Altun gg. Bundesrepublik Deutschland, 10308/83, YB 1983, 164; Chahal gg. Vereinigtes Königreich, Reports 1996-V; Ahmed gg. Österreich, Reports 1996-VI; H.L.R. gg. Frankreich, Reports 1997-III. Für einen Überblick über das Fallrecht siehe auch *Walter Kälin*, Das menschenrechtliche Verbot der Rückschiebung und seine Bedeutung für das Flüchtlingsrecht, in: ASYL 1997/1, 3 ff.

<sup>250</sup> EGMR, T.I., in: NVwZ 2001 (Fn. 247), 302.

<sup>251</sup> *Schmid/Bartels*, Handbuch (Fn. 240), 92 f.; *Schmid/Filzwieses*, Dublin II-Verordnung (Fn. 239), 69 f.

Mitgliedstaat auf, der noch nicht erstinstanzlich über deren Asylanträge entschieden hat, ist dieser Mitgliedstaat auch für sein Asylgesuch zuständig (Art. 8)<sup>252</sup>.

Ist der Asylbewerber im Besitz eines Aufenthaltstitels oder eines Visums, so ist Art. 9 der Verordnung massgebend: Ist der Aufenthaltstitel oder das Visum noch gültig, ist der ausstellende Staat für die Prüfung des Asylgesuches zuständig (Art. 9 Abs. 1, 2). Besitzt der Asylbewerber mehrere Aufenthaltstitel oder Visa, richtet sich die Zuständigkeit der Staaten primär nach deren jeweiliger Gültigkeitsdauer: Der Staat, welcher den Aufenthaltstitel oder das Visa mit der längsten Dauer ausgestellt hat, ist auch für die Prüfung des Asylantrages zuständig. Ist die Gültigkeitsdauer der Aufenthaltstitel oder Visa identisch, ist derjenige Staat zuständig, der den zuletzt ablaufenden Aufenthaltstitel oder das zuletzt ablaufende Visum erteilt hat (Art. 9 Abs. 3). Sind der Aufenthaltstitel oder das Visum nicht mehr gültig, richtet sich die Zuständigkeit nach den Vorschriften des Art. 9 Abs. 4. Die Tatsache, dass der Asylbewerber zwecks Erteilung des Aufenthaltstitels oder des Visums gefälschte, falsche oder ungültige Dokumente vorgelegt hat, ändert grundsätzlich nichts an der Zuständigkeit eines Staates (Art. 9 Abs. 5).

Gemäss Art. 10 Abs. 1 wird die Zuständigkeit eines Staates begründet, wenn mit Hilfe des Beweismittel- und/oder des Indizienverzeichnis von Art. 18 Abs. 3 sowie der Eurodac-Datenbank nachgewiesen werden kann, dass der Asylbewerber innerhalb der letzten 12 Monate eine Aussengrenze dieses Staates illegal überschritten hat. Können die Umstände der illegalen Einreise nicht nachgewiesen werden oder liegt sie länger als 12 Monate zurück, gilt es abzuklären, ob sich der Asylbewerber zum Zeitpunkt der Gesuchsstellung mindestens fünf Monate in einem (anderen) Mitgliedsstaat aufgehalten hat. Falls dies nachweislich der Fall ist, geht die Zuständigkeit auf diesen Staat über (Art. 10 Abs. 2).

Benötigt der Asylbewerber für die Einreise kein Visum, ist derjenige Staat zuständig, in dem er sein Gesuch einreicht (Art. 11 Abs. 1 und 2). Für Asylanträge, die im internationalen Transitbereich eines Flughafens gestellt werden, ist der Mitgliedstaat zuständig, auf dessen Hoheitsgebiet sich der Flughafen befindet (Art. 12).

Kann anhand dieser Kriterien kein für die Prüfung des Asylantrages zuständiger Staat bestimmt werden, soll gemäss der Auffangnorm des Art. 13 der erste Staat zuständig sein, in dem ein Asylgesuch gestellt wurde.

---

<sup>252</sup> Im Rahmen des Schutzes der Familieneinheit ist des Weiteren auch Art. 14 der Verordnung zu beachten: Stellen mehrere Familienmitglieder einen Asylantrag und hätte die Anwendung der Kriterien ihre Trennung zu Folge, so soll derjenige Staat für die Prüfung aller zuständig sein, dem die Prüfung der Asylgesuche des

*e) Die humanitäre Klausel (Art. 15 D-VO)*

Art. 15 bestimmt, dass ein Dublin-Staat einen anderen Dublin-Staat ersuchen kann, aus humanitären Gründen Familienmitglieder und abhängige Familienangehörige zusammenzuführen und die Prüfung der Asylanträge der gesamten Familie zu übernehmen, obwohl der ersuchte Staat nach den Kriterien der Verordnung dafür nicht zuständig ist<sup>253</sup>. Notwendige Voraussetzung für die Anwendung dieser Bestimmung ist die Zustimmung der betroffenen Personen.

*f) Aufnahme- und Wiederaufnahmepflicht des zuständigen Staates (Art. 16-20 D-VO)*

Ist der zuständige Staat anhand der eben beschriebenen Kriterien bestimmt, ist dieser Staat verpflichtet, den betreffenden Asylbewerber aufzunehmen und das Prüfungsverfahren abzuschliessen, falls der Asylbewerber in einem anderen Dublin-Staat einen weiteren Antrag gestellt hat (Art. 16 Abs. 1 lit. a und b). Der als zuständig bestimmte Staat ist des Weiteren verpflichtet, einen Asylbewerber wieder aufzunehmen, falls:

- dieser während des noch laufenden Prüfungsverfahrens in einen anderen Dublin-Staat weitergereist ist, sich dort illegal aufhält, aber keinen weiteren Asylantrag gestellt hat (Art. 16 Abs. 1 lit. c);
- dieser seinen Asylantrag im ersten („zuständigen“) Staat zurückgezogen und in einem anderen Dublin-Staat einen weiteren Antrag gestellt hat (Art. 16 Abs. 1 lit. d);
- dieser nach einer ablehnenden Entscheidung in einen anderen Dublin-Staat gereist ist und sich dort illegal aufhält (Art. 16 Abs. 1 lit. e).

Diese Pflichten zur Aufnahme bzw. Wiederaufnahme erlöschen, falls ein anderer Staat dem Asylbewerber einen Aufenthaltstitel erteilt (Art. 16 Abs. 2), der Asylbewerber den Dublinraum für mindestens drei Monate verlässt (Art. 16 Abs. 3) sowie falls der zuständige Staat die notwendigen Massnahmen für die Rückkehr des Asylbewerbers in sein Herkunftsland oder einen sicheren Drittstaat getroffen und umgesetzt hat (Art. 16 Abs. 4).

---

grössten Teils der Familienmitglieder obliegt. Andernfalls ist der für die Prüfung des Antrags des ältesten Familienmitglieds zuständige Staat auch für die Prüfung der Gesuche der restlichen Personen zuständig.

<sup>253</sup> Die Bestimmungen von Art. 15 Abs. 2 und Abs. 3 D-VO werden in Art. 11 und 12 der Durchführungsverordnung zur D-VO noch weiter konkretisiert. S. Schmid/Filzwieser, Dublin II-Verordnung (Fn. 239), 110 ff., 200 ff.

Die Verordnung regelt ausführlich die Modalitäten der Aufnahme eines Asylbewerbers (Art. 17-19)<sup>254</sup>. Kommt ein Staat aufgrund von Beweisen und Indizien sowie aufgrund von Angaben des Asylbewerbers zum Schluss, dass er nicht für die Prüfung dessen Asylantrages zuständig ist, kann er innerhalb von drei Monaten ein begründetes Gesuch um Aufnahme des Asylbewerbers an den mutmasslich zuständigen Staat stellen (Art. 17 Abs. 1). Unter bestimmten Voraussetzungen kann der ersuchende Staat eine dringliche Antwort anfordern (Art. 17 Abs. 2<sup>255</sup>). Für das Gesuch um Aufnahme ist das Musterformular des Anhangs I der Durchführungsverordnung zu verwenden (Art. 17 Abs. 3).

Dem ersuchten Staat steht eine Frist von zwei Monaten zur Verfügung, um über das Aufnahmeersuchen zu entscheiden (Art. 18 Abs. 1). Lässt er diese Frist ungenutzt verstreichen, ist nach Art. 18 Abs. 7 von einer positiven Antwort auszugehen.

Soll es zu einer Überstellung des Asylbewerbers in einen anderen Staat kommen, ist der Antragsteller schriftlich über die Gründe für diese Entscheidung sowie die Modalitäten der Durchführung zu informieren. Gegen die Entscheidung kann Beschwerde eingelegt werden, der Beschwerde kommt aber im Regelfall keine aufschiebende Wirkung zu (Art. 19 Abs. 1, 2). Die Überstellung soll grundsätzlich innerhalb einer Frist von sechs Monaten erfolgen. Wird diese Frist nicht eingehalten, geht die Zuständigkeit auf den ersuchenden Staat über (Art. 19 Abs. 3, 4).

Die Modalitäten einer Wiederaufnahme sind im Wesentlichen mit den eben erläuterten Vorschriften identisch (Art. 20). Einzig die Frist, die dem um Wiederaufnahme ersuchten Staat zur Antwort auf das Ersuchen bleibt, ist auf einen Monat bzw. zwei Wochen (falls sich der Antrag auf Angaben aus dem Eurodac-System stützt) verkürzt (Art. 20 Abs. 1 lit. b). Wiederum ist bei keiner Antwort innerhalb dieser Fristen davon auszugehen, dass dem Ersuchen stattgegeben wird.

*g) Verwaltungskooperation (Art. 21-23 D-VO)*

Um die effektive Anwendung der Verordnung zu gewährleisten, können sich die Dublin-Staaten für bestimmte Zwecke personenbezogene Daten über Asylbewerber übermitteln, namentlich zum Zweck der Bestimmung des zuständigen Staates, der Prüfung des Asylgesuches sowie der Erfüllung aller aus der D-VO fliessenden Verpflichtungen (Art. 21 Abs. 1, 2 D-VO). Für die Übermittlung der vom Asylbewerber angeführten Asylgründe ist jedoch dessen schriftliche Zustimmung erforderlich (Art. 21 Abs. 3 D-VO).

---

<sup>254</sup> Zu den Modalitäten der Wiederaufnahme sogleich im Text.

<sup>255</sup> Siehe dazu auch Art. 18 Abs. 6 D-VO.

Jedes Informationsersuchen ist zu begründen (Art. 21 Abs. 4 D-VO); der ersuchte Staat hat innerhalb von sechs Wochen zu antworten (Art. 21 Abs. 5 D-VO). Der Mitgliedstaat, der die Daten übermittelt, ist für deren Richtigkeit und Aktualität verantwortlich (Art. 21 Abs. 8 D-VO). Der Asylbewerber hat das Recht auf Mitteilung der über ihn erfassten Daten sowie das Recht auf Berichtigung, Löschung oder Sperrung im Falle einer Verletzung der Bestimmungen der europäischen Datenschutzrichtlinie (Art. 21 Abs. 9 D-VO).

*h) Die Durchführungsbestimmungen zur Dublin-Verordnung: die Verordnung 1560/2003*

Die Modalitäten zur Umsetzung der Dublin-Verordnung wurden in der Verordnung 1560/2003 festgelegt. Die Verordnung enthält Durchführungsbestimmungen zum Stellen eines Aufnahme- bzw. Wiederaufnahmegesuches (Art. 1-6), zur Durchführung der Überstellung des Asylbewerbers (Art. 7-10), zur Anwendung der humanitären Klausel von Art. 15 D-VO (Art. 11-14), sowie zur Übermittlung der Gesuche, der Verfahrenssprache und den Formerfordernissen einer allenfalls erforderlichen Zustimmung des Asylbewerbers (Art. 15-17).

Der zweite Teil der Verordnung betrifft die Einrichtung gesicherter elektronischer Übermittlungskanäle gemäss Art. 22 Abs. 2 D-VO, welche kurz als DubliNet bezeichnet werden (Art. 18-21). Das DubliNet soll eine gesicherte Übermittlung der Gesuche ermöglichen und zudem das Verfahren vereinfachen und dadurch auch beschleunigen.

*2. Das EURODAC-System*

Um den gemäss dem Dubliner Übereinkommen bzw. der Dubliner Verordnung zur Behandlung eines Asylgesuchs zuständigen Staat in der Praxis bestimmen zu können, war ein wirksames System zur Identifikation von Asylbewerbern, Personen, die sich illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhalten oder die beim illegalen Überschreiten der Aussengrenzen aufgegriffen werden, erforderlich<sup>256</sup>. Zu diesem Zweck wurde die Verordnung 2725/2000 über die Einrichtung von „Eurodac“ für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens (Eurodac-VO) erlassen. Anhand des Fingerabdruckvergleichs kann ein Staat prüfen, ob die Person bereits in einem anderen Dublin-Staat einen Asylantrag gestellt hat. Die Eurodac-Verordnung ist „Dublin-akzessorisch“, d.h. die im Eurodac-System gespeicherten Daten dienen einzig der Umsetzung der D-VO und dürfen

---

<sup>256</sup> Vgl. Erwägung 3 ff. der Verordnung 2725/2000 (Fn. 235).

insbesondere nicht für die polizeiliche Fahndung verwendet werden (Art. 1 Abs. 3 Eurodac-VO)<sup>257</sup>.

a) *Die Eurodac-Verordnung*

Das Eurodac-System umfasst drei technische Einheiten: eine Zentraleinheit (Art. 1 Abs. 2 lit. a, Art. 3 Eurodac-VO), welche u.a. die Fingerabdrücke vergleicht, eine computergestützte zentrale Datenbank, in der die Fingerabdrücke und Datensätze gespeichert werden (Art. 1 Abs. 2 lit. b Eurodac-VO), und die Übermittlungseinrichtungen zwischen den Mitgliedstaaten und der zentralen Datenbank (Art. 1 Abs. 2 lit. c Eurodac-VO).

Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, jeder Person, die mindestens 14 Jahre alt ist und entweder einen Asylantrag stellt (Art. 4 Abs. 1 Eurodac-VO) oder beim illegalen Überschreiten der Aussengrenzen aufgegriffen wird (Art. 8 Abs. 1 Eurodac-VO), unverzüglich die Fingerabdrücke abzunehmen und der Zentraleinheit zu übermitteln. Ob Ausländern, die sich illegal auf dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates aufhalten die Fingerabdrücke abgenommen und an die Zentraleinheit übermittelt werden, steht im Ermessen der Mitgliedstaaten (Art. 11 Abs. 1 Eurodac-VO); allerdings ist auch hier die Vorgabe des Mindestalters von 14 Jahren zu beachten.

Ausser den Fingerabdruckdaten werden gemäss Art. 5 bzw. Art. 9 Eurodac-VO in der zentralen Datenbank lediglich die Angaben zum Herkunftsmitgliedstaat<sup>258</sup>, zu Ort und Zeitpunkt der Gesuchstellung bzw. des Aufgreifens, zum Geschlecht sowie die vom Mitgliedstaat verwendete Kennnummer gespeichert. Ausdrücklich nicht gespeichert werden also Name und Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen.

Die Verwendung und die maximal zulässige Aufbewahrungsdauer der Datensätze sind je nach Personenkategorie verschieden:

- Datensätze von Asylbewerbern („Kategorie 1“) werden mit den bereits in der Datenbank gespeicherten Fingerabdruckdaten verglichen (Art. 4 Abs. 3 Eurodac-VO) und dürfen grundsätzlich zehn Jahre aufbewahrt werden (Art. 6 Eurodac-VO)<sup>259</sup>.

<sup>257</sup> Vgl. *Christian Schmid*, Eurodac-Verordnung – Europäisches System zur Identifizierung von Fingerabdrücken, 2003, 52 f.; Botschaft Bilaterale II, BBl. 2004, 5965 (6118).

<sup>258</sup> Vgl. die Begriffsbestimmung in Art. 2 Abs. 1 lit. c Eurodac-VO.

<sup>259</sup> Art. 7 Eurodac-VO sieht allerdings eine vorzeitige Löschung der Daten vor, wenn die Person vor Ablauf dieser Frist die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates erworben hat. Wird die Person als Flüchtling anerkannt, werden ihre Daten in der zentralen Datenbank gesperrt (Art. 12 Eurodac-VO); zum Hintergrund dieser Bestimmung s. *Birgit Schröder*, Das Dubliner Übereinkommen, 2004, 229.



- Datensätze von Ausländern nach Art. 8 Abs. 1 Eurodac-VO („Kategorie 2“) werden ausschliesslich zum Vergleich mit zu einem späteren Zeitpunkt an die Zentraleinheit übermittelten Daten über Asylbewerber gespeichert (Art. 9 Abs. 1 Eurodac-VO). Diese Datensätze dürfen maximal zwei Jahre gespeichert werden.
- Werden Datensätze von Ausländern, die sich illegal auf dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates aufhalten („Kategorie 3“), an die Zentraleinheit übermittelt, dürfen diese ausschliesslich mit bereits gespeicherten Daten von Asylbewerbern (und somit nicht mit Datensätzen der Kategorie 2) verglichen werden. Sie werden nicht in der zentralen Datenbank gespeichert (Art. 11 Abs. 3 Eurodac-VO).

Die Zentraleinheit teilt dem Herkunftsmitgliedstaat unverzüglich das Ergebnis des Vergleichs mit (Art. 4 Abs. 5 bzw. Art. 9 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 4 Eurodac-VO). Liegt ein Treffer vor, übermittelt die Zentraleinheit auch die mit dem Datensatz im Zusammenhang stehenden Daten an den Herkunftsmitgliedstaat (Art. 4 Abs. 5 Eurodac-VO). Die endgültige Identifizierung der Person obliegt dann aber dem Herkunftsmitgliedstaat in Zusammenarbeit mit dem oder den betroffenen Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 6 Eurodac-VO).

Die europäische Datenschutzrichtlinie<sup>260</sup> findet auch im Rahmen des Eurodac-Systems Anwendung<sup>261</sup>. Die Bestimmungen der Richtlinie werden von den datenschutzrechtlichen Bestimmungen der Eurodac-VO (Art. 13-20) ergänzt<sup>262</sup>.

*b) Die Durchführungsbestimmungen zur Eurodac-Verordnung: die Verordnung 407/2002*

In Art. 22 Eurodac-VO wurde der Rat beauftragt, Durchführungsbestimmungen zu den Verfahren zur Erfassung und Übermittlung sowie zum Vergleich der Fingerabdrücke, zur Sperrung der Daten sowie der Erstellung der Statistiken anzunehmen. Diesem Auftrag ist er mit dem Erlass der Verordnung 407/2002 nachgekommen.

Die Durchführungsbestimmungen betreffen im Wesentlichen technische Einzelheiten wie das Dateiformat zur Übermittlung der digitalisierten Fingerabdrücke (Art. 2 Abs. 1, Anhang I), die Einzelheiten der Kennnummer (Art. 2 Abs. 3), die

<sup>260</sup> Richtlinie 95/46 (Fn. 238).

<sup>261</sup> Vgl. Erwägungen 15-17 der Eurodac-VO.

<sup>262</sup> Auf die hier aber nicht im Einzelnen eingegangen werden kann. Vgl. zu den datenschutzrechtlichen Bestimmungen *Bogdanski*, in: *Accords bilatéraux II* (Fn. 242), 389 (408 ff., 415 f.); *Schmid*, Eurodac-Verordnung (Fn. 256), 104-127.

Qualitätsanforderungen an die übermittelten Daten (Art. 3 Abs. 1) sowie die Übermittlungskanäle zwischen den Mitgliedstaaten und der Zentraleinheit (Art. 4).

Im Falle anhaltender technischer Störungen können die Daten auch anhand des Formulars in Anhang II in Papierform oder auf Datenträgern übermittelt werden. Der Regelfall sollte allerdings die elektronische Übermittlung bleiben (Art. 2 Abs. 2).

Die Zentraleinheit muss die Anfragen der Mitgliedstaaten grundsätzlich innerhalb von 24 Stunden in der Reihenfolge des Eingangs der Anfragen beantworten. Besonders dringende Vergleiche können nach Möglichkeit innerhalb einer Stunde durchgeführt werden (Art. 3 Abs. 2).

## **E. Schlussbemerkungen**

Insgesamt dürfte durch die Ausführungen dreierlei deutlich geworden sein:

- Bei der Schengen/Dublin-Assoziierung handelt es sich um wichtige Abkommen, deren Abschluss sowohl im Interesse der EU als auch in demjenigen der Schweiz lagen bzw. liegen. Auch konnten durch die „Wahrung des Bankgeheimnisses“ einige wichtige Interessen der Schweiz gewahrt werden.
- Materiell werden die Abkommen wohl keine Revolution für die schweizerische Rechtsordnung mit sich bringen; sie dürften sich vielmehr durchaus in das bestehende System einfügen, wenn auch nicht zu verkennen ist, dass es in einigen Bereichen zu praktisch relevanten Modifikationen kommen wird.
- Allerdings bringt es der in dem Abkommen angelegte faktische und rechtlich abgesicherte „Übernahmepressur“ in Bezug auf die Weiterentwicklung des Schengen- und Dublinbesitzstandes mit sich, dass die Schweiz in einen wichtigen Teilbereich des gemeinschaftlichen Besitzstandes einbezogen wird, ohne auf Unionsebene über deren Erlass mitbestimmen zu können, wenn auch die Bedeutung der beratenden Einbindung der Schweiz nicht unterschätzt werden sollte.

Damit wird letztlich die Frage aufgeworfen, ob und wann der „Bilaterale Weg“ nicht in rechtlicher und politischer Hinsicht an seine Grenzen stösst, eine Frage, die den Rahmen dieses Beitrages sprengt,<sup>263</sup> die aber nicht von der politischen und rechtlichen Tagesordnung verbannt werden sollte.

---

<sup>263</sup> Vgl. ausführlich hierzu *Epiney/Meier/Mosters*, in: *Zwischen EU-Beitritt und bilateralem Weg* (Fn. 129), 77 (insbes. 196 ff.).